وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة -

كلية الحقوق

قسم العلوم القانونية و الإدارية

التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري

من إعداد الطالب

- ثابتي وليد

تحت إشراف الدكتور

- بارش سليمان

لجنة المناقشة

1-	د/ قريشي علي	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	رئيسا
2-	د/ بارش سليمان	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	مشرفا و مقررا
3-	د/زرارة صالحي الواسعة	أستاذة محاضرة	جامعة باتنة	عضوا
4-	أ. د/لحبيب بريكي	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	عضوا

السنة الجامعية 2009/2008

مقدمـــــــــة

تعتبر الملكية العقارية من بين أهم الركائز الأساسية التي تستند إليها الدول في صناعة تنميتها الشاملة، فبقدر تنظيم و تطوير المعاملات و الاستثمارات العقارية يمكن التحكم في النمو الاقتصادي سواء في المجال الصناعي أو الفلاحي أو العمراني، إذ ثمة ارتباط وثيق بين الملكية العقارية و الوضعية الاقتصادية في الدولة.

و لا تقتصر أهمية الملكية العقارية على المجال الاقتصادي فحسب، بل تمتد آثارها إلى المجال الاجتماعي أيضا، فهي ترتبط بالفرد ارتباطا وثيقا كون أنها وسيلة هامة في تلبية و سد حاجاته و متطلباته الحياتية في شتى المجالات، ناهيك عن تعلقه الطبيعي و النفسي بها منذ الأزل، باعتبار أن الفرد مجبول على الرغبة في حب التملك.

و لعل الأهمية البالغة التي تكتسيها الملكية العقارية، جعلت المشرع الجزائري غلى غرار بقية التشريعات الأخرى يوليها اهتماما كبيرا، و ذلك بتنظيمها عن طريق سن قواعد قانونية تحدد و تضبط مختلف المعاملات و التصرفات القانونية التي تقع عليها.

و بالرجوع إلى هذه النصوص القانونية التي أفردها المشرع الجزائري لموضوع الملكية العقارية نجد أنه لم يورد تعريفا لها، بل فقط تناول تعريف حق الملكية بوجه عام في نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أنها حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة.

إن من خلال هذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري لحق الملكية بوجه عام و من خلال تعاريف بعض الفقهاء لها، يمكن أن نعرف حق الملكية العقارية على أنها حق عيني يقره القانون لشخص معين على عقار يخول له ذلك سلطة استعماله و استغلاله و التصرف فيه كيفما شاء في حدود القانون.

و بالرجوع إلى أحكام الدستور الجزائري، يمكننا القول بأن المشرع الأسمى نص على ثلاثة أنواع من الملكية العقارية و هي:

- ملكية عقارية وطنية و نصت عليها المواد 17 و 18 من الدستور.
- ملكية عقارية وقفية و نصت عليها المادة 52 منه.
- ملكية عقارية خاصة و نصت عليها المادة 52 منه أيضا.

إلا أن ما يعنينا في هذا المقام هو أملاك الدولة العقارية الخاصة دون غيرها من الأملاك العقارية.

حيث تقسم الملكية العقارية الخاصة بدورها إلى ملكية عقارية فردية و ملكية عقارية شائعة و ملكية عقارية مشتركة.

إلا أن القانون بإعطائه الحق للشخص في استعمال و استغلال و التصرف في ملكيته العقارية الخاصة لم يذكره بصفة التأبيد، و ذلك على اعتبار أن الملكية العقارية الخاصة يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر. فقد يكتسب الغير الملكية العقارية إما ابتداء عن طريق الاستيلاء إذا كانت بدون مالك و إما انتقالا عن طريق العقد أو الالتصاق أو الشفعة أو الميراث أو الوصية أو التقادم إذا كانت لها مالك.

و كل هذه الطرق السالف ذكرها نص عليها المشرع الجزائري تحت عنوان طرق اكتساب الملكية، و ذلك في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث و الذي هو بعنوان: الحقوق العينية الأصلية.

و لعل التقادم المكسب يعتبر من أهم طرق اكتساب الملكية العقارية و أكثرها شيوعا، و ذلك نظرا لعدة عوامل تاريخية و اجتماعية و قانونية، إذ يعرف على أنه وسيلة لكسب الملكية أو الحق العيني الذي ترد عليه الحيازة.

فقد يبدو من الوهلة الأولى أن التقادم المكسب للملكية العقارية وسيلة لغصب الحقوق باسم القانون، باعتبار أنه و في كثير من الأحيان يجرد المالك من ملكيته و بدون رضاه، إلا أن الحقيقة هي غير ذلك إذ أن التقادم المكسب هو نظام قانوني لا غنى عنه في مجال المعاملات بين الأفراد، فهو يكتسي أهمية بالغة إذ أنه يقوم على اعتبارات اجتماعية و اقتصادية عادلة. فهو يؤدي إلى استقرار المعاملات المنصبة على العقارات و على الحقوق العينية الأخرى إذ انه تؤدي إلى تشجيع خدمة العقار و الاستثمار فيه و تطويره.

و يقوم كذلك نظام التقادم المكسب على اعتبارات اجتماعية إذ يعد وسيلة لمجازاة المالك الذي يهمل عقاره و يتخلى عن خدمته لفترة طويلة، و بالمقابل فهو وسيلة لمكافأة المالك المجتهد الحريص الذي يسعى إلى خدمة العقار و استغلاله.

و كذلك فالتقادم المكسب نظام لا غنى عنه، إذ لو تم السماح للأفراد بالمطالبة بحقوقهم التي تخلو عنها لسنين طويلة، لعمت الفوضى و اضطربت الأعمال في المحاكم و تكدست بها القضايا. و في هذا الصدد يقول الفقيه القانوني لوران:" إننا لو تصورنا لحظة حال مجتمع تسمح قوانينه للأفراد بالمطالبة بحقوقهم و لو فات على هذه المطالبة آلاف السنين لهالنا الأمر، إذ يترتب على ذلك اضطراب لا نهاية له و زعزعة في المراكز القانونية لا حد لها، و فوضى في النظام الاجتماعي الشيء الذي يجب أن تتنزه عنه الشعوب".

و نظام التقادم المكسب تتبناه تشريعات عدة و ترفضه تشريعات أخرى و تشريعات أخرى تأخذ به و لكن في نطاق معين فقط، و يتحدد هذا بحسب نظام الشهر العقاري المتبع في ذلك التشريع.

حيث نجد أن الدول التي تتبنى نظام الشهر العيني في شهر التصرفات القانونية ترفض فكرة اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب، و إن سمحت بذلك فهي تجعل ذلك في حالات نادرة جدا، و لذلك لتعارض مبادئ نظام الشهر العيني و الأخذ بالتقادم المكسب.

و نجد في المقابل أن الدول التي تتبنى نظام الشهر الشخصي كأساس لشهر التصرفات القانونية تتقبل فكرة الأخذ بالتقادم المكسب و توسع في نطاقه لعدم وجود تعارض بين مبادئ نظام الشهر الشخصي ونظام التقادم المكسب.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري في مجال الإشهار العقاري، نجده اعتمد كأصل عام على نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 197/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم المطبقة له، حيث جعل عملية مسح الأراضي كأساس مادي له. و لكنه أبقى كذاك العمل بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار الفرنسي بصفة انتقالية إلى أن يتم تعميم عملية المسح.

و بالتالي نجد أن المشرع الجزائري أقر بمبدأ التقادم المكسب كأساس لكسب الملكية و الحقوق العينية الأخرى في القانون المدني، إلا أنه لم يوضح مجال إعمال هذا النظام خاصة عندما تبنى نظام الشهر العيني الذي تعارض مبادئه الأخذ بالتقادم المكسب.

و يرجع اختياري لهذا الموضوع الهام لعدة عوامل شخصية و مهنية و قضائية و بيداغوجية:

فمن الناحية الشخصية، فإن اهتمامي الكبير بفرع القانون المدني و بالأخص القانون العقاري وميولي الكبير لهذا الفرع من فروع القانون، هو الذي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع والبحث فيه.

ومن الناحية المهنية، هو علاقة لذا الموضوع بمهنتي كمحام ، حيث أصادف في الكثير من الأحيان قضايا عقارية شائكة تتعلق بمسألة وقوع التقادم المكسب على عقارات وحقوق لها أصول مشهرة ،أين يصعب علي إيجاد حل لها ، وذلك لغياب النصوص القانونية الصريحة في هذا المجال .

ومن الناحية القضائية، هو كون أن هذا موضوع يثير إشكالات عملية وقضائية معقدة، إذ أن الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال لا يزال مترددا في حسم الجدل القائم، إذ نجد خلافا كثيرا في قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة.

ومن الناحية البيداغوجية ، هو اهتمام وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بهذا الجانب وإدراجها لفرع خاص بالقانون العقاري كتخصص لطلبة الماجستير للعلوم القانونية في كثير من معاهد الحقوق على المستوى جامعات الجزائر ، وكذلك تخصيص هذا الفرع من القانون حتى لطلبة قسم LMD في العلوم القانونية.

وبالتالي ارتأيت أن أتطرق لهذا الموضوع المهم لما له من علاقة علمية وقانونية بفرع القانون العقاري .

وكذلك فهناك دافع آخر جعلني أتناول هذا الموضوع وهو انعدام بحث متخصص في التشريع الجزائري – حسب علمي – فأردت من خلال هذه المذكرة وضع لبنة في المكتبة القانونية الجزائرية من خلال إيضاح موقف المشرع الجزائري لنظام التقادم المكسب للملكية العقارية في ظل نظام الشهر العيني .

ومن خلال كل ما تقدم فإن الإشكالية الرئيسية لموضوعنا هذا تكمن في:

مدى إمكانية التملك التقادم المكسب للملكية العقارية على خلاف ما هو ثابت في السجل العيني؟

ولعل هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية هي :

- كيف يمكن التوفيق بين نصوص القانون المدني ، والتي جاءت عامة فيما يخص الأخذ بالتقادم المكسب وبين نصوص الأمر 74/75 والذي تبنى نظام الشهر العيني؟
- أين هي القوة الثبوتية لنظام الشهر العيني إذا أمكن التسليم بجواز كسب حقوق مشهرة بالتقادم المكسب ؟
- ما لذي دفع بالمشرع الجزائري من تبني نظام الشهر العيني والمرتبط أساسا بإتمام عملية مسح الأراضي والاستمرار في ذلك بالرغم من فشل وتوقف هذه العملية ؟

وعليه سأحاول الإجابة على هذه الإشكالية وتلك التساؤلات الفرعية في مذكرتي هذه – بحول الله – معتمدا في ذلك على مقارنة المنهجية تكمن في توظيف كل من المنهج التحليلي والمنهج التاريخي والمنهج المقارن .

فأعتمد على المنهج التحليلي عند الوقوف على المسائل التحليلية والمفاهيمية المتعلقة بكل من نظام التقادم المكسب ونظام الشهر العيني، وعلى المنهج التاريخي عند دراسة التطور التاريخي لنظام التقادم المكسب، وكذلك على المنهج المقارن عندما أتطرق إلى الفرق بين نظام التقادم المكسب وبعض الأنظمة المشابهة له، وكذلك الفرق بين نظامي الشهر العيني والشهر الشخصي .

وعلى ضوء الإشكالية السابق ذكرها ارتأيت أن أعتمد على خطة ثنائية يسبقها فصل تمهيدي، ثم أختم الموضوع بخاتمة أورد فيها النتائج المتوصل إليها ، وكذلك بعض الاقتراحات والتوصيات التي أراها ناجعة إذا اعتمدها المشرع الجزائري ، وذلك على الشكل التالي :

- الفصل التمهيدي : ماهية نظام التقادم المكسب للملكية
- الفصـــل الأول : أحكام نظام التقادم المكسب للملكية
- الفصل الثانـــي : التملك بالتقادم المكسب للملكية العقارية على خلاف الثابت بالسجل العيني
- خاتمة

الفصل التمهيدي: ماهية نظام التقادم المكسب للملكية

قبل الخوص في الحديث عن نظام التقادم المكسب للملكية وبيان أحكامه ثم التطرق إلى مدى إعمال هذا النظام في ظل نظام الشهر العيني، يكون لزاما علينا الرجوع إلى الجذور التاريخية لنظام التقادم المكسب لنرى كيف ظهر وكيف كانت بداياته، ثم كيف تطور عبر العصور إلى أن نصل إلى تطوره في العصور الحديثة سيما في النظام القانوني الجزائري، ذلك لأنه ومن أجل الوقوف على أي ظاهرة كانت سواء قانونية أو غيرها لابد من فهم أصل هذه الظاهرة ودراسة تطوراتها الزمكانية.

بل ولابد أيضا وقبل الخوص في دراسة نظام أحكام التقادم المكسب للملكية الوقوف على مفهوم هذا النظام القانوني و ذلك من خلال تحديد تعريف دقيق له والأساس القانوني الذي يقوم عليه، ثم معرفة أنواعه التي جرى الفقه القانوني على الأخذ بها و كذلك التطرق إلى نطاقه و طبيعته القانونية، إلى أن ننتهي إلى معرفة ما إذا كان نظام التقادم المكسب له ما يشابهه من أنظمة قانونية و التمييز بينها.

تبعا لما تقدم نتناول في المبحث الأول من هذا الفصل التطور التاريخي لنظام التقادم المكسب للملكية و ذلك وفقا للتسلسل التاريخي، حيث نبدأ أولا في دراسة أحكام التقادم المكسب التي وضعها القانون الروماني، ثم أحكامه في الفقه الإسلامي ثم ننتهي إلى أحكام التقادم المكسب في التشريعات الحديثة ومنه التشريع الجزائري.

و نتناول بعد ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل مفهوم التقادم المكسب الملكية، أين أجدني أتطرق إلى تعريف هذا النظام و بيان أساسه القانوني و أنواعه و نطاقه و طبيعته القانونية و تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

المبحث الأول: التطور التاريخي لنظام التقادم المكسب للملكية

التقادم المكسب هو نظام قديم عرفته الشعوب منذ الأزل وجسدته في نظمها القانونية كسبب مهم من أسباب كسب الملكية، ولعل الرومانيين هم أول من عرف هذا النظام ليتطور بعد ذلك شيئا فشيئا وتنتقل أحكامه إلى قوانين العصور الوسطى، ومنها التشريعات الحديثة الغربية منها والعربية.

أما الشريعة الإسلامية لم تكن قد أقرت كسب الحق بالتقادم، على أساس أنه لا يجوز لأحد أن يتملك ملك غيره بمرور الزمن، إذ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن غاية ما يفيده وضع اليد هو ما ندعوه في القانون المدني بالتقادم، وبالتالي فهم تقبلوا فكرة التقادم لا على أساس أنه مكسب للملكية بل أنه مانع لسماع الدعوى[1].

و عليه سنتناول في هذا المبحث تطور نظام التقادم المكسب للملكية وفق التسلل الكرونولوجي، أي بدأ بالقانوني الروماني ثم الشريعة الإسلامية و إنتهاءا بالعصر الحديث و بالخصوص في القانون الجزائري.

---

[1] عدلي أمير خالد: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص104.

المطلب الأول: التقادم المكسب في القانون الروماني

يرجع التقادم المكسب في أصله إلى القانون الروماني، وقد سبق في هذا القانون التقادم المسقط بمدة طويلة، ويرجع في أصوله إلى قانون الألواح الإثني عشر، فكانت مدته قصيرة لا تتجاوز السنة أو السنتين[1].

ويرى بعض الباحثين أن تاريخ العمل به عند الرومان يرقى إلى مرحلة ماقبل ظهور الألواح، علما بأن أكثر الباحثين يرجحون أن فترة451–449 ق.م هي الفترة التي ظهر فيها قانون الألواح.

ولقد تبع قانون الألواح قانون ATINIA مؤكدا ومكملا له، وكان يقضي بمنع تملك الأشياء المسروقة سواء كانت عقارات و منقولات وصدر بعد ذلك قانون PLAVTIA الذي كان يقضي بمنع تملك العقارات بالتقادم إذا أخذت الحيازة بالقوة[2].

ولقد كان التقادم المكسب في قانون روما يؤدي مهمتين أساسيتين: المهمة الأولى هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة، إذ كانت الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاخرة بالأوضاع والأشكال القانونية، أما المهمة الثانية للتقادم المكسب فكانت علاج مركز من يتعامل مع غير المالك إذ لا تنتقل الملكية بداهة فيأتي التقادم المكسب لنجدته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازته للعين لمدة قصيرة إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح[3].

ولقد قصر القانون الروماني في البداية نطاق التقادم المكسب على الأشياء المادية، فلم يكن يجز كسب الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية كحق الارتفاق، وحق الانتفاع بالتقادم، ثم تطور هذا القانون ليعترف بإمكانية كسب مثل هذه الحقوق بالتقادم، ومن هنا أصبح يعرف نوعين من الحيازة: حيازة الشيء المادي قصد تملكه ويصطلح عليها "**بالحيازة** " وحيازة الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ويصطلح عليها " **بشبه الحيازة** "[4].

ولقد جعل القانون الروماني نظام التقادم المكسب لا يسري إلا على الأشياء القابلة للتملك ملكية رومانية وعلى الرومان دون الأجانب، أما الأراضي التي في الأقاليم فكان هذا النوع من التقادم لا يسري عليها.

ولقد ظل الأمر على حاله حتى جاء عهد البريتور ونظرا لتوسع الإمبراطورية الرومانية نشأ نوع آخر من التقادم والذي كان خاصا بالأجانب دون الرومانيين والذي كانت مدته 10 سنوات

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص989.

[2] محمد علي الأمين: التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993، ص211.

[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق الذكر، ص990.

[4] محمد علي الأمين: المرجع السابق الذكر، ص38.

ومتوافر على السبب الصحيح إذا كان الحائز والمالك موجودين في نفس الإقليم، ومدة 20 سنة إذا كانا في إقليمين مختلفين[1].

أما إذا كان الأمر يتعلق بالرومانيين فإنه كل شخص يتسلم شيئا عن طريق الهبة أو البيع أو أي سبب آخر من غير مالكه وكان حسن النية ظنا منه أنه يتلقى الحق من مالك فإنه يصير مالكا له بعد مضي سنة واحدة إذا كان الشيء منقولا، وبعد مضي سنتين إذا كان عقارا موجودا في إيطاليا " ملكية إيطالية".

وفي عهد جوستينيان أصبح مجال التقادم المكسب ممتدا على كامل إقليم الإمبراطورية الرومانية بما في ذلك أراضي الإقليم، كما تقرر رفع مدة التقادم تفاديا لضياع الأموال من ملاكها بمضي زمن قصير جدا من حيازة الغير لها، حيث أصبح لا يمكن كسب ملكية المنقول بالتقادم إلا بعد حيازته لمدة 10 سنوات إذا كان المالك الأصلي غائبا وأن يكون الحائز حسن النية ويستند في ذلك إلى سبب صحيح.

كما تقرر أيضا في عهد جوستيان أن الحائز حسن النية لا يستند إلى سبب صحيح يمكن له أن يتملك ما يحوز بالتقادم الطويل جدا والذي مدته 30 سنة[2].

ومن هنا نخلص أنه يشترط لكسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالتقادم في القانون الروماني ما يلي:

1-يجب أن يكون الحائز رومانيا بالنسبة للأموال الرومانية، ثم اتسع نطاق التقادم ليشمل الأجانب ويشمل الأقاليم التابعة للإمبراطورية الرومانية.
2-يجب أن يكون الحائز حسن النية، ومعناه الاعتقاد خطأ أنه تلقى الحق من المالك الأصلي.
3-أن يكون المال قابلا للتملك بالتقادم، فلا يسري التقادم إلا على الأموال التي تكون ملكية خاصة.
4-أن يستند الحائز في حيازته إلى سبب صحيح وهو واجب الإثبات.
5-أن تستمر الحيازة مدة معينة، ففي عهد القانون الروماني كانت المدة سنة في المنقول وسنتين في العقار، وفي عهد جوستينيان أصبحت 03 سنوات في المنقول و10 سنوات في العقار.

---

[1] محمدي فريدة زواوي: الحيازة و التقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص84.
[2] علاق لمنور: إكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة البليدة، معهد العلوم القانونية و الإدارية، 2000/1999، ص22.

المطلب الثاني: التقادم المكسب للملكية في العصر الإسلامي

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها لا تعرف ولا تقبل نظام التقادم المكسب أو مايصطلح عليها في الشرع وضع اليد المكسب للملكية أو المسقط للحق، لأن الأصل المعروف أن الحق لا يسقط ولا ينقضي بمرور الزمن[1].

حيث وبالرجوع إلى مصادر التشريع الإسلامي والتي هي أساسا القرآن والسنة والإجماع يتضح لنا جليا أن التقادم المعروف في القوانين الوضعية ليس له نظير في الشريعة الإسلامية التي سبق وأن قلنا أنها لا تقر بسقوط الحق أو اكتسابه بمرور الزمن.

ففي نصوص القرآن الكريم لم يرد ما يجيز للشخص أن يتملك ملك غيره بمرور الزمن، فالملك ملك الله عز وجل[2]، حيث يقول عز من قائل: " **قل اللهم مالك الملك تؤتي من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء وتعز من تشاء وتذل من تشاء بيدك الخير إنك على كل شيء قدير** "[3].

ومادام الملك ملك الله تعالى فلا يحق لأحد أن ينزع من يد غيره ما وهبه الله له بدون مسوغ شرعي، حيث يقول عز من قائل كذلك: " **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** "[4].

ومنه نصل إلى أنه لا يوجد في القرآن الكريم ما يبيح التملك عن طريق وضع اليد، وخلافا لذلك نجد نصوصا كثيرة تتكلم عن طرق أخرى لكسب الملكية كالبيع الصحيح، والهبة، والوصية، والميراث.

أما في السنة المطهرة فلقد جاء ت أحاديث كثيرة تقضي بعدم جواز تملك ملك الغير بالتقادم على أساس أنه كسب غير مشروع وغصب يستوجب التحريم إذ جاء في الحديث الشريف: " **لا يبطل حق امرئ مسلم ولو قدم** "، وفي حديث آخر للنبي (ص) رواه الدارقطني في سننه **أن رجلين اختصما إلى النبي (ص) في ناقة ، فقال كل واحد منهما أنتجت هذه الناقة عندي وأقام بينة ، فقضى بها رسول الله (ص) للذي هي في يده.**

ولقد كان هذا هو مسك رسول في شخصين اختصما إلى شيء أن يجعله للذي يحوزه، فقلد كان رسول الله (ص) يغلب الظاهر إذ لا يجعل عبء الإثبات على واضع اليد، وإنما على المدعي غير ذلك إثبات العكس[5].

خلاصة القول أن الفقه الاسلامي قد تقبل فكرة التقادم على أنها مانع لسماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن البعيد، فحيازة الأموال المملوكة أو التي تعلقت بها حقوق الغير لا تصلح سببا لكسب ملكيتها ولو مع توافر شرط التقادم الذي يتطلبه القانون الوضعي، فلا يكسب التقادم حقا للحائز مهما طالت مدة حيازته، إذ أن التقادم بمعناه في القانون الوضعي ليس له نظير في الشريعة

---

[1] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص709.

[2] عدلي أمير خالد: تملك العقارات بوضع اليد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص47.

[3] قرآن كريم: سورة آل عمران، الآية26.

[4] قرآن كريم: سورة النساء، الآية29.

[5] عدلي أمير خالد: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص63.

الإسلامية، كون أن الشريعة لا تقر بسقوط الحق أو اكتسابه بمرور الزمن لأن ذلك يعد غصبا والغصب محرم[1].

فالحيازة إذن تعد دليلا على الملكية اتفاقا، فهي تدل على أن الحائز هو المالك إلى أن يثبت العكس، فهي لا تعطي الحائز حق ملكية ما يحوزه بل تمنع فقط سماع دعوى المالك بالحق أمام القضاء بعد استمرار الحيازة مدة معينة مع بقاء الحق في ذمة صاحبه، فيبقى الحائز ملزما برد الشيء الذي يحوزه إلى مالكه في حكم الديانة.

---

[1] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص709.

المطلب الثالث: التقادم المكسب في القوانين الحديثة

لقد استمدت جل التشريعات الحديثة أحكام التقادم المكسب من القانون الروماني أو من أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن غالبيتها سايرت القانون الروماني، فاعتبرت التقادم المكسب سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، فلم تعتبره مجرد قرينة على وجودها أو وسيلة لإثباتها.

فنجد أن القانون الروماني أخذ طريقه إلى القانون الفرنسي القديم، غير أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت بعض أحكامه، ثم كان للقانون الكنسي أثر كبير عليه إذ كان ينظر للتقادم المكسب نظرة استنكار، واستعصى عليه أن يسلم بأن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له بالتقادم، لأن ذلك ضرب من ضروب الغصب، فعقد القانون الكنسي من إمكانية الأخذ بالتقادم وأضاف شروطا منها وجوب توافر حسن النية طيلة مدة الحيازة، ومنع بعض الأموال من وضع اليد عليها قصد تملكها[1]، وبالتالي يمكن القول بأن القانون الفرنسي أخذ القسم الكبير الخاص بأحكام التقادم المكسب من القانون الروماني الذي هو الأساس[2]، إلا أنه عدل بعض أحكامه أخذا من العادات الجرمانية والأوامر الملكية والقانون الكنسي فيما يخص اشتراط حسن النية طوال مدة الحيازة وكذلك حظر تملك بعض الأموال بالتقادم، وكذلك التوسع في أسباب وقف التقادم، إلا أن واضعوا قانون نابليون 1804 رجعوا إلى مبادئ القانون الروماني، ولم يشترطوا توافر حسن النية طوال مدة الحيازة بل فقط عند بدأ الحيازة[3].

ولقد سايرت أغلب التشريعات الحديثة التشريع الفرنسي فيما يخص الأخذ بالتقادم المكسب على غرار التشريع المصري والتشريع الجزائري، فهما يعتبران التقادم المكسب للملكية سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، إلا أنه وخلافا لهذه التشريعات، نجد أخرى لا تعتبر التقادم سببا من أسباب كسب الملكية ولا مسقط للحق كما أقرته الشريعة الإسلامية كما تحدثنا عن ذلك سابقا.

فنجد أن المشرع الأردني والمشرع العراقي لم ينصا على سقوط الحق بالتقادم أو على كسبه، فنجد أن نص المادة 1158 من القانون المدني العراقي والتي تقابلها المادة 1181 قانون مدني أردني تنص على: " **من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل ...فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى المالك أو الحق العيني** "، ومنه فالتقادم في كلا من القانونين المدني العراقي والأردني قاعدة شكلية إثباتية لا قاعدة موضوعية،

---

(1) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص991.

(2) محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص218.

(3) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص86،85.

فالحيازة قرينة على الملكية ووسيلة لإثباتها، وليست سببا لكسب الملكية بعد أن تستمر مدة معينة[1].

ونجد أن القانون الانجليزي لا يعترف بالتقادم المكسب للملكية على العقارات والمنقولات، وإنما فقط يقره على الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، كما هو الشأن في حق الارتفاق، حيث يذكر القانون الانجليزي التقادم من بين طرق اكتساب حق تنفيذي على أرض مملوكة للغير متى استمرت حيازة هذا الحق 20 أو 30 سنة أو 40 أو60 سنة على حسب اختلاف أنواع الحقوق التي يمكن أن تترتب على العقار[2].

أما المشرع الجزائري فلقد أخذ بدوره نظام التقادم عن المشرع الفرنسي، واعتبره كذلك سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، وتطرق عليه في القسم السادس المتعلق بالحقوق العينية الأصلية من القانون المدني الجزائري بموجب المواد من827 إلى836 منه، وقد عرف المشرع الجزائري ثلاثة أنواع التقادم المكسب هما التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير وتقادم الحقوق الميراثية واللذين يختلفون من حيث المدة اللازمة للحيازة، وكذلك من ناحية بعض الشروط الخاصة بالتقادم المكسب القصير والتي هي حسن النية والسند الصحيح والذي سيأتي تفصيلها في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

---

[1] محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2000، ص256.

[2] علاق لمنور: المرجع السابق، ص33.

المبحث الثاني: مفهوم التقادم المكسب للملكية

بعد أن تطرقنا في المبحث السابق إلى التطور التاريخي الذي عرفه نظام التقادم المكسب للملكية عبر العصور وكيف بدأ وتطور حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم في النظم القانونية الحديثة سيما في القانون الجزائري، سنحاول في هذا المبحث الوقوف على مفهوم هذا النظام والأساس القانوني الذي بني عليه، وكذلك على أنواع التقادم المكسب، ثم نطاق ومجال إعمال هذا النظام أي الحقوق التي ينصب عليها، ثم نتناول تمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له، كل هذه العناصر سنتناولها تباعا في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التقادم المكسب وأساسه القانوني

سنتناول في هذا المطلب فرعين، الفرع الأول نخصصه لتعريف التقادم المكسب، والفرع الثاني أساسه القانوني.

الفرع الأول : تعريف التقادم المكسب

أولا: المدلول اللغوي

جاء في لسان العرب بأن القدم نقيض الحدوث: قدم، يقدم، قدما، وقدامة، وتقادم هو قديم، فالتقادم إذن مشتق من تقادم، وتقادم على صلة وثيقة بقدم[1].

ويرى الأستاذ محمد علي الأمين أن القدم في مدلوله التخاطبي يتجاوز في الذهن الفترات الزمنية القصيرة على أن مصطلح التقادم في القانون ينقلب مدلوله بين الأجل القصير والمتوسط مما يجعل مصطلح " **مرور الزمن** " الذي جاءت به الشريعة الإسلامية هو الأكثر دقة والأقرب إلى الصواب في مدلوله إذ يستعمل كذلك اصطلاح "مرور المدة الموجب ومرور المدة المسقط "[2].

ثانيا المدلول القانوني

لم يعرف المشرع الجزائري التقادم المكسب على غرار المشرع المصري، وخلافا لهما جاء المشرع الفرنسي بتعريف للتقادم في نص المادة 2279 قانون مدني فرنسي على أنه: " طريق لكسب الحقوق أو التخلص منها بمرور زمن معين بالشروط المذكورة في القانون "[3].

ومن خلال هذا التعريف يمكننا استخلاص أن التقادم نوعين: تقادم مكسب للملكية وتقادم مسقط لها، وبما أن موضوع دراستنا منحصر على التقادم المكسب دون التقادم المسقط سنحاول أخذ بعض التعريفات الفقهية للتقادم المكسب والتي من خلالها سنحاول الوصول إلى تعريف جامع مانع له.

يعرف الفقيهان GRILLES GOUBEAU و PIERRE VOIRIN في كتابهما القانون المدني، التقادم المكسب بأنه: " وسيلة لاكتساب ملكية شيء وذلك بالحيازة المستمرة لهذا الشيء "[4].

---

[1] إبن منظور الإفريقي المصري: لسان العرب، الجزء 12، بيروت، 1968، ص465.

[2] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص221.

[3] Art 2279 , code civil français : « le moyen d'acquérir ou de se libérer pour un certain lops de temps sous les conditions déterminées par le loi »

[4] la prescription est un moyen d'acquérir la propriété d'une chose par possession prolongée de cette chose :
Pierre Voirin, Grilles Goubeaux : droit civil, tom 1, 27 eme édition, L.G.D.J, P276.

و يعرف الدكتور رمضان أبو السعود التقادم المكسب على أنه:" وسيلة يتملك بمقتضاها الحائز الذي استمرت حيازته لحق معين مدة معينة أن يتمسك بكسب هذا الحق"[1].

ويعرف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة التقادم المكسب على أنه:" وسيلة يكسب بها الحائز ملكية شيء أو حق عيني أخر بمقتضى حيازة تظل مدة معينة"[2].

ويعرفه الدكتور محمد وحيد الدين سوار على أنه:" وسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز إذا استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسبه لهذا الحق[3].

إلا أنه ما يلاحظ على هذه التعاريف أنها متفاوتة ولا نكاد نلمس أي فرق بينها، إلا أن التعريف الذي استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية هو التعريف الوحيد الذي أخذ بعدا آخر، إذ أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتقبلوا فكرة التقادم المكسب على أساس أنه مكسب للملكية بل على أساس أنه مانع لسماع الدعوى، حيث أن الفقه الإسلامي يجيز للحائز الذي اكتملت مدة حيازته أن يقدم دفعا في مواجهة المالك الذي يرفع دعوى الاستحقاق لعدم جواز سماع دعواه، وهو رأي جمهور الفقهاء لأن الحيازة مهما طالت مدتها لا تسقط الملكية، وأن كل ما يمكن أن يترتب عنها هو منع سماع الدعوى لمرور الزمن[4].

وتبعا لما تقدم فإن التقادم المكسب يعد سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى قائم على حيازة ممتدة فترة من الزمن يحددها القانون، أي أن التقادم المكسب يقوم على فعل إيجابي من جانب المستفيد منه يتمثل في سيطرته الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة[5].

وهناك نوعين من التقادم المكسب، حيث أن الأصل أن تستمر الحيازة مدة 15 سنة من أجل كسب الحق، ولكن الحيازة قد تقلص مدتها إلى 10 سنوات إذا كان الحائز حسن النية ويستند إلى سند صحيح[6].

---

[1] رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، دار الجامعية الجديدة، 2004، ص326.

[2] عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، ص561.

[3] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص256.

[4] عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص192.

[5] علاق لمنور: المرجع السابق، ص3.

[6] Alex Weill : droit civil, les biens, deuxième édition, précis Dalloz, P383.

الفرع الثاني: أساسه القانوني

قد يبدو من الوهلة الأولى أن التقادم المكسب وسيلة لاغتصاب الحقوق باسم القانون باعتبار أنه في بعض الحالات يجرد المالك من ملكيته بلا مقابل وبدون رضاه[1] وبذلك يبدو وكأنه ينافي العدالة والأخلاق ويؤدي إلى تدعيم المراكز غير المشروعة، فكيف إذن يمكن أن يسوغ نظام التقادم المكسب وما هي المبررات التي جعلت جل التشريعات تأخذ به منذ القدم ؟

لقد حاول جانب من الفقه تبريرالأخذ بنظام التقادم المكسب برده إلى جملة من الاعتبارات[2] والتي سنحاول تقسيمها إلى اعتبارات فردية واعتبارات الصالح العام:

1- الاعتبارات الفردية

هناك بعض الاعتبارات الفردية التي أخذ بها بعض فقهاء القانون من أجل تبريرهم للأخذ بنظام التقادم المكسب، هذه الاعتبارات نوجزها فيما يلي:

أ- أن التقادم المكسب يعتبر قرينة على النزول عن الحق، فمن ترك ملكه في يد الغير لمدة طويلة يفترض فيه أنه تنازل عن حقه، مع أن النزول عن الحق لا يفترض، ولو سلمنا بهذا الافتراض لوجب علينا السماح للمالك دحض ذلك بالدليل العكسي وهو أمر لا يصح قانونا[3].

وكذلك أن الأخذ بهذا الاعتبار يؤدي بنا إلى القول بأن حق الملكية يسقط بعدم الاستعمال، وبالتالي فهو تقادم مسقط للملكية الشيء الذي لم يقل به أحد، فدعوى الاستحقاق ليس لها مدة معينة تسقط بمضيها، ومهما طالت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه فإن المالك لا يفقد ملكيته لعدم استعماله للشيء، ويستطيع المالك أن يرفع دعواه" الاستحقاق " في أي وقت شاء مهما طالت المدة[4].

ب- يقوم نظام التقادم المكسب على اعتبار فردي آخر مفاده أن المالك الذي يهمل ملكه ويتخلى عنه مدة من الزمن دون أي مبادرة لاسترجاعه يعد متنازلا عنه[5].

---

(1) محمد أحمد عابدين: التقادم المكسب و المسقط في القانون، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2002، ص11.

(2) محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص327.

(3) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص63.

(4) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان: حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص132.

(5) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص81.

وبالتالي هنا يفضل الحائز النشيط الذي يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك لملكه[1].

إلا أن هذا الرأي منتقد أيضا، إذ أن المالك لا يعتبر مهملا في جميع الأحوال بل قد تكون لديه مبررات قوية تمنعه من استعمال حقه ومع ذلك لا يحميه القانون، وكما ينسب الإهمال للمالك يمكن في الوقت ذاته نسبته للمتعدي على ملك الغير، ومن هنا فلا تصلح أبدا فكرة الإهمال مبررا لفكرة التقادم المكسب.

يتضح مما تقدم أن رد التقادم إلى الاعتبارات الفردية السابقة غير كاف لتبريره، ومن ذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى القول بان التقادم يستند إلى اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع ككل.

2- إعتبارات الصالح العام

أ- نظام التقادم المكسب نظام قانوني لابد منه فهو يقوم على اعتبارات اجتماعية إذ لو سمحت التشريعات للأفراد بالمطالبة بحقوقهم التي تخلو عنها لسنين عديدة لهالنا الأمر ولحصلت اضطرابات في حبل النظام ولتزعزعت المراكز القانونية، إذ الصالح العام يقضي بإقرار الحالات الواقعة التي استقرت مدة من الزمن وتعامل الناس على أساسها، وفي هذا الصدد يقول الفقيه لوران: " لو سمحت القوانين في بلد معين للأفراد المطالبة بحقوقهم وكان قد مضى عليها آلاف السنين لعمت الفوضى واضطرب حبل النظام وتزعزعت المراكز القانونية ، الأمر الذي يجب أن تتنزه عنه الشعوب"[2].

ب- أن الأخذ بالتقادم المكسب ضرورة ملحة في البلاد التي تأخذ بنظام السجل العيني أين يكون للقيد دلالة قاطعة على الملكية[3] وبالتالي فيحل التقادم إشكالا كبيرا فيما يتعلق بالإثبات ولاسيما إثبات الملكية، إذ من المعروف أن إثبات الملكية كثيرا ما تكتنفه صعوبات جسيمة ولولا نظام التقادم لتعذر على المالك في كثير من الأحيان أن يقيم الدليل على ملكيته أو لأمكن أن تكون ملكيته محل نزاع، ذلك أن المالك قد لا يتوافر لديه سند الملكية، كما أن الشخص لا يصبح مالكا إلا إذا كان قد تلقى الحق من مالك، ويصدق هذا على جميع الحائزين المتعاقبين له، فإذا كان أحد هؤلاء غير مالك فإن جميع من يخلفونه في الحيازة يكونون غير ملاكين، وبالتالي فلولا الأخذ بالتقادم لتعين على من يدعي الملكية أن يثبت ملكيته وملكية سلفه، وهذا عبء لا يمكن النهوض به.

ج- بالإضافة إلى ما تقدم ثمة اعتبار اقتصادي يسوغ الأخذ بنظام التقادم المكسب، ذلك لان مصلحة الاقتصاد القومي تقتضي إيثار الحائز الذي يحرص على استعمال الشيء واستغلاله

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص988.

(2) Marcel Planiol et Georges Ripert, traité pratique de droit civil français, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1930, P :654.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق الذكر، ص988.

بشروط معينة على المالك الذي يقعد عن هذا الاستغلال[1]، ولقد جاء في الذكر الحكيم قوله تعالى: " **إن الأرض يرثها عبادي الصالحون** "[2].

وبالتالي فإن الشخص الذي يفني جهده في خدمة الأرض واستصلاحها فليس من العدل أن يحرم من ثمرة جهده ونشاطه وبالتالي ينزع عن حيازته أي صفة للغصب[3].

---

[1] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص260.

[2] قرآن كريم: سورة الأنبياء، الآية 105.

[3] محمد أحمد عابدين: المرجع السابق، ص11.

المطلب الثاني: أنواع التقادم المكسب للملكية

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري سيما المواد 827، 828، 829 منه، نجد أن المشرع الجزائري قسم التقادم المكسب للملكية إلى ثلاثة أنواع، حيث تنص المادة 827 من القانون المدني الجزائري على أن:" **من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالك له أو خاصا به صار ذلك ملكا له إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع**"، وهذا النوع من التقادم هو التقادم المكسب الطويل.

وتنص المادة 828 من القانون المدني الجزائري على:" **إذا وقعت الحيازة على عقار أو منقول أو حق عيني عقاري ، وكانت مقترنة بحسن نية، ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ،فإن مدة التقادم تكون 10 سنوات** "، وهذا النوع من التقادم هو التقادم المكسب القصير.

وتنص كذلك المادة 829 من القانون المدني الجزائري على:" **لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة 33 سنة** "، وهذا النوع من التقادم هو تقادم الحقوق الميراثية .

مما سبق يتضح لنا جليا أن المشرع أخذ بثلاثة أنواع للتقادم المكسب للملكية: وهي :التقادم المكسب الطويل، والتقادم المكسب القصير، وتقادم الحقوق الميراثية[1].

وسنتناول كل نوع من هذه الأنواع الثلاثة للتقادم المكسب في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول : التقادم المكسب الطويل

نصت المادة 827 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:" **كل من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا أو خاصا به، صار ذلك ملكا له إذا استمرت حيازته له 15 سنة بدون انقطاع** "[2].

يتبين من نص هذه المادة أن التقادم المكسب الطويل يرد على حيازة الحقوق العينية وحدها، وعلى رأسها حق الملكية، وذلك سواء وقعت الحيازة على عقار أو على منقول، إذ أن الحقوق الشخصية لا يشملها التقادم المكسب حتى ولو كانت قابلة للحيازة وذلك كحق المستأجر[3].

---

[1] عمار روابنية: مقال بعنوان: التقادم المكسب، مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء2، قسم الوثائق، المحكمة العليا، 2004، ص97.

[2] يقابل نص هذه المادة من القانون المدني الجزائري، نص المادة 968 من القانون المدني المصري.

[3] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص98.

والقانون يشترط استمرار الحيازة لمدة 15 سنة كاملة دون انقطاع، وليست الحقوق العينية كلها قابلة للتملك بالتقادم المكسب بل هناك شروط لابد من توافرها، فيجب أن يكون الحق الذي تشمله الحيازة قابلا للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم، ويجب كذلك أن يكون الحق يقبل الخضوع للحيازة[1].

والمقصود بأن يكون الحق جائزا التعامل فيه لطبيعته، وذلك كالهواء مثلا أو كرمال البحر... إلخ، وكذلك أن يكون الحق جائزا التعامل فيه للغرض الذي خصص له، وذلك كالأموال العامة والخاصة لأنها مخصصة للنفع العام، وكذلك أن يكون الحق جائزا التعامل لمخالفته للنظام والآداب العامة.

والأموال غير القابلة للتعامل فيها في القانون الجزائري هي أموال الدومين العام، والدومين الخاص، إذ تنص المادة 689 من القانون المدني الجزائري على: " **لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم** "، **والنص هنا يشمل أموال الدولة العامة والخاصة**[2].

وكذلك المادة 859 من القانون المدني الجزائري والتي ألغيت بموجب القانون 19/87 والمتعلق بالمستثمرات الفلاحية.

وكذلك تدخل في الأموال غير القابلة للتعامل فيها الأموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة والهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم، وفي حالة التعدي عليها يكون للوزير المختص إزالة هذا التعدي بالطريق الإداري[3].

ولا يكفي أن يكون العقار قابلا للتعامل فيه حتى يكون قابلا للتملك عن طريق وضع اليد المكسب للملكية، بل يجب أيضا أن يكون الحق قابلا للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض فيه يكون الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة، والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضا قابلا للحيازة و لكن هذا الأصل قد ترد عليه استثناءات فهو لا يتأتى دائما[4].

والمثال الذي نورده هنا هو مال التركة الذي هو قابل للتعامل فيه و لكنه ليس قابلا للتملك عن طريق التقادم المكسب لأنه غير قابل للحيازة باعتباره مجموعا.

والمشرع المصري هو من تبنى هذه الفكرة وحظر بذلك تملك العقارات الداخلة في مجموع الحركة بالتقادم المكسب على أساس أنها غير قابلة للحيازة وهي عبارة عن مجموع مال غير مفرز، فهم يغلبون فكرة الدفع بعدم جواز سماع الدعوى بعد مضي ثلاث و ثلاثين سنة، أي ما يعادل التقادم المسقط إذا سكت الوارث صاحب الحق عن المطالبة بحقه دون مبرر شرعي، إلا أن المشرع الجزائري سار على خلاف هذا إذ أقر بجواز حيازة مال التركة وكسبه بالتقادم المكسب الطويل كما نصت على ذلك المادة 829 من القانون المدني الجزائري، وذلك خلافا للمشرع

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص994.

[2] جاء تأكيد ذلك في الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، في قراراتها رقم 191108 و 190339 و 150719، أنظر في ذلك: عمار روابنية، المرجع السابق، ص98.

[3] مهدي كامل الخطيب: وضع اليد المكسب للملكية العقارية، دار الألفي، القاهرة، الطبعة الرابعة، دون سنة طبع، ص93.

[4] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق الذكر، ص997.

المصري الذي اعتبر مال التركة غير قابل للحيازة ابتداء، وسنقف بالتفصيل على هذا العنصر في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه المذكرة.

الفرع الثاني: التقادم المكسب القصير

نصت عليه المادة 828 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:" **إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات** ".

إن التقادم المكسب القصير هو النوع الثاني من أنواع التقادم المكسب للملكية التي ذكرها المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني، وما يميزه عن التقادم المكسب الطويل هو قصر المدة من تاريخ وضع اليد إلى تحقق التقادم حيث حددها المشرع الجزائري بعشر 10 سنوات[1].

وخلافا للمشرع الجزائري فإن المشرع المصري حدد مدة التقادم المكسب القصير بخمس سنوات فقط.

ويشترط المشرع الجزائري في نص المادة السابقة 1/828 من القانون المدني الجزائري توافر حسن نية لدى الحائز وكذلك أن يكون له سند صحيح يدعم به حسن نيته، كأن يبيعه غير المالك عقارا باعتباره هو المالك، ويعتقد المشتري أن البائع هو فعلا المالك الأصلي، فهنا ذا حاز الحائز العقار فإنه لا يحتاج فيما بعد عند تملكه بأن يستند إلى التقادم المكسب الطويل الذي هو 15 سنة بل إن مدة 10 سنوات تكفيه.[2]

وسيأتي تفصيل كل هذا في الفصل الثاني من هذه المذكرة عند التكلم عن أحكام التقادم.

الفرع الثالث : تقادم الحقوق الميراثية

نصت المادة 829 القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها :" **لا يكسب بالتقادم في جمع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة** ".

فتقادم الحقوق الميراثية هو النوع الثالث من أنواع التقادم المكسب التي أقرها المشرع الجزائري، وكما أشرنا سابقا فإن المشرع الجزائري سار خلافا لما هو متفق عليه في التشريع المقارن سيما القانون المصري باعتبار أن التقادم الخاص بالحقوق الميراثية هو مسقط لا مكسب.

حيث أقر المشرع الجزائري بإمكانية كسب الحقوق الميراثية بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة مدة ثلاثة ثلاثين سنة كاملة، حيث أن المشرع الجزائري وقع في خطأ كون أن الإرث هو عبارة عن مجموع لا يتصور أن يقع عليه التقادم المكسب، وإن كان من المعقول تصور أنه ينقضي بالتقادم المسقط، فلا يمكن بطبيعة الحال تصور شخص غير وارث يصبح مالكا بحق الإرث بمرور الزمن.

أما الأموال الموروثة فهي على خلاف حق الإرث يجوز كسبها بالتقادم، لكن مدته تطول أو تقصر حسب نوع التقادم الذي يرد عليها، أي 15 سنة إذا كان تقادم مكسب طويل و10 سنوات إذا

---

[1] يقابل نص هذه المادة من القانون المدني الجزائري، نص المادة 969 من القانون المدني المصري و التي تحدد مدة التقادم القصير بخمس سنوات.

[2] أولاد عيد الطاهر: التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص26.

كان تقادم مكسب قصير، وفي هذا جاء قرار المحكمة العليا الذي صدر في هذا الصدد جاء فيه مايلي: "حيث أنه وإن كانت المادة 829 من القانون المدني الجزائري مكنت من سب الحقوق الميراثية بالتقادم إلا أنها اشترطت أن تدوم الحيازة 33 سنة، وبما أنه لم يثبت للقضاة في قرارهم المطعون فيه توفر حيازة الأرض المتنازع عليها من قبل الطاعنين بعنصريها المادي والمعنوي، كما لم يثبت لهم وجود قسمة بين الورثة، لذا فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون نعي غير سديد وبالتالي فقرارهم مآله النقض والإبطال[1].

[1] أنظر قرار المحكمة العليا رقم 204939 الصادر بتاريخ 2000/11/22، مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق، 233.

المطلب الثالث: نطاق التقادم المكسب للملكية وطبيعته القانونية

بعد أن تكلمنا في المطلبين الأول والثاني عن تعريف التقادم المكسب للملكية والأساس القانوني الذي يمكن من خلاله تبرير هذا النظام وكذلك عن أنواع التقادم المكسب للملكية التي أقرها المشرع الجزائري، نأتي في هذا المطلب لنحدد النطاق الذي يشمله التقادم المكسب أي مجال إعمال هذا النظام، إذ سنرى الحقوق الجائز كسبها بالتقادم المكسب والأشياء التي يرد عليها التقادم ثم الأشخاص الذين يحق لهم الاستفادة من التقادم المكسب.

ونتناول كذلك في هذا المطلب الطبيعة لقانونية لنظام التقادم المكسب.

ومنه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: نطاق التقادم المكسب وفي الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظام التقادم المكسب.

الفرع الأول: نطاق التقادم المكسب

يتحدد نطاق التقادم المكسب بالنظر إلى الحقوق الجائز كسبها بالتقادم والأشخاص الذين يحق لهم الإفادة منه، والأشياء الجائز كسب ملكيتها والحقوق العينية عليها بهذا الطريق.

أولا: الحقوق الجائز كسبها بالتقادم المكسب

تنص المادة 827 من القانون المدني الجزائري على:" **من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون إن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع** ".

و تنص المادة 828 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ، فغن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات** ".

من خلال نص المادتين السالفتي الذكر يتضح لنا أن مجال التقادم المكسب ينحصر أساسا على حيازة الحقوق العينية، وبالأخص حق الملكية دون الحقوق الشخصية سواء أوقعت الحيازة على عقار أو على منقول إذا لم يمكن أن تكسب الحقوق الشخصية بالتقادم المكسب بل إنها تنقضي بالتقادم المسقط حتى ولو كان الحق الشخصي قابلا للحيازة كما هو الشأن في حق المستأجر[1].

وبالتالي يمكن القول بأن التقادم المكسب يشمل كل حق عيني سواء أكان حقا عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعيا[2] كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال والحق في السكن وحق الارتفاق وحق الرهن ...إلخ.

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص86.

[2] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص330.

ولعل أهم وأول حق يمكن كسبه بالتقادم هو حق الملكية سواء في العقار أو المنقول على السواء[1]، الشيء الذي جعلني أخص هذا الحق بالدراسة دون الخوض في بقية الحقوق العينية الأخرى.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري استثنى الارتفاقات غير الظاهرة ولم يجز كسبها بالتقادم المكسب[2] والتي ، وذلك ما قضت به المادة 868 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على :"**ينشأ حق الارتفاق غن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا انه لا تكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور** ".

حيث يتضح من نص المادة الآنفة الذكر أن المشرع الجزائري اشترط ضرورة أن يكون حق الارتفاق ظاهرا لكي يجوز كسبه بالتقادم.

والمثال على ذلك هو حق ارتفاق المرور الذي يمكن كسبه بالتقادم كما جاء في نص المادة 868/ 02 من القانون المدني الجزائري والتي تؤكد هذا الطابع وحتى ولو كان أيضا غير مستمر[3].

ثانيا: الأموال التي يرد عليها التقادم المكسب

الأموال التي يجوز كسب ملكيتها بالتقادم هي مجموع الأشياء المادية القابلة للحيازة، والتي يمكن أن تصبح محلا للملكية الخاصة مع عدم وجود نص يمنع كسبها بالتقادم[4].

وعليه فجميع الأشياء المادية المنقولة أو العقارية القابلة لأن تصبح ملكا خاصا يجوز تملكها عن طريق التقادم المكسب ما لم يوجد نص قانوني يمنع ذلك، ومن هذا يمكن حصر الأموال التي لا يجوز كسبها بالتقادم والتي جاءت نصوص في القانون تحضر ذلك فيما يلي:

1-الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل.

2-الأملاك الوطنية.

3-الأملاك الوقفية.

4-الحقوق المقيدة في السجل العقاري.

01 – الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل:

لكي يكون الحق قابلا للحيازة ن وبالتالي قابلا لأن يتملك بالتقادم المكسب لا بد أن يكون مما يجوز التعامل فيه، والأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل تكون إما لطبيعتها أو بحكم القانون، فالأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل فيها لطبيعتها هي الأشياء التي لا يمكن أن يستأثر بها شخصا دون آخر فهي ملك للعامة،

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي: الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص240.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص86.

[3] زرقين رمضان: مقال بعنوان: عن بعض جوانب إرتفاق المرور، مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق، ص58.

[4] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص262.

ولقد عبرت عليها المادة 682 من القانون المدني الجزائري ومثالها: الهواء، الشمس، ماء البحر[1] فهذه الأشياء غير قابلة للتملك ابتداء سواء عن طريق وضع اليد أو عن أي طريق آخر، أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل فيهل بحكم القانون فقد ترجع بسبب كونها مخصصة للنفع العام والتعامل فيها ينافي هذا التخصيص: كأموال الدومين العام، والدومين الخاص، التي لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، وهذا ما نصت عليه المادة 689 من القانون المدني الجزائري.

كما يمكن أن يكون الخروج عن دائرة التعامل مرده لاعتبارات متعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

حيث تنص المادة 96 من القانون المدني الجزائري على أنه: " **إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا** ".

حيث يمكن القياس على نص هذه المادة فيما يتعلق بوضع اليد المكسب للملكية على الأموال التي تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة[2].

02- الأملاك الوطنية:

تنص المادة 689 من القانون المدني الجزائري على انه: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم " فبموجب هذه المادة أخرج المشرع الأموال التابعة للدولة سواء العقارية منها أو المنقولة من دائرة التعامل وبالتخصيص من دائرة التملك بالتقادم المكسب، ولقد تناولنا في العنصر السابق الأموال الخارجة عن دائرة التعامل فيها بحكم القانون وهنا لابد من تفصيل ذلك.

ففي قانون الأملاك الوطنية 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يصطلح على أملاك الدولة كل مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة[3].

السؤال الجدير بالطرح هنا هو هل تطبق قاعدة عدم جواز تملك أموال الدولة بالتقادم على الأموال الخاصة والعامة على السواء أم هي مقصورة على إحداها فقط ؟

---

[1] خليل أحمد حسن قتادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص84.

[2] محمدي فريدة زواوي: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص128،129.

[3] أنظر نص المادة 02 من القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن الأملاك الوطنية، جريدة رسمية رقم 12، سنة 1990.

بالنسبة للأملاك الوطنية العامة[1] فإن المادة 04 من قانون الأملاك الوطنية 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 تنص على:" **الأملاك العمومية غير قابلة للتصرف أو التقادم أو الحجز...**".

حيث يتضح من نص المادة أنه لايمكن بأي حال من الأحوال وضع اليد على المال العام مهما طالت مدة حيازته، وبهذا تكون قاعدة عدم جواز تملك الأموال العمومية بالتقادم وهو الضمان الأساسي لحماية الأموال العامة ضد خطر اغتصاب الإفراد لها بنية تملكها.

أما فيما يخص الأملاك الوطنية الخاصة[2]، فإنه لم يرد نص في قانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية يحظر تملكها بالتقادم المكسب لأن المادة 04 من ذات القانون متعلقة بأموال الدومين العام دون أموال الدومين الخاص[3].

إلا انه في رأيي فإن هذا الحظر لابد أن يشمل أيضا أملاك الدولة الخاصة، إذ على الرغم من أن نص المادة 04 من قانون 30/90 جاءت فقط بخصوص الأملاك الوطنية العامة والتي نص على عدم قابليتها للتصرف ولا التقادم ولا الحجز إلا أن ذات المادة نصت على أن إدارة الأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها يخضع لإحكام هذا القانون 30/90 ولأحكام النصوص التشريعية المعمول بها، وأن جواز التصرف في الأملاك الوطنية لا يعني قابليتها للتقادم كما لا يعني أن لأي أحد حق الأولوية عليها.

ولقد تبنت المحكمة العليا هذا الطرح في الكثير من قراراتها سيما القرار 150719 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا[4].

3- الأملاك الوقفية:

اختلفت الآراء الفقهية في تعريف الوقف فمنهم من يرى أن الوقف هو" حبس العين على ملك الواقف والتصرف بالمنفعة "، م منهم من يرى أن الوقف" هو حبس العين على حكم ملك الله و التصرف بالمنفعة"، حيث يلتقي الرأيان في كون أن المنفعة تسلب من المالك، في حين يختلفان من حيث ملكية العين الموقوفة.

---

[1] الأملاك الوطنية العامة هي مجموع الحقوق المنقولة و العقارية التي يستعملها الجميع و الموضوعة تحت تصرف الجمهور إما مباشرة و إما بواسطة مرفق عام، أنظر المادتين 03 و 12 من القانون 30/90 السالف الذكر.

[2] الأملاك الوطنية الخاصة هي مجموع الأملاك التابعة للدولة أو الولاية غير المصنفة ضمن الأملاك الوطنية العامة و التي تؤدي وظيفة إمتلاكية و مالية، أنظر المادة 03 من القانون 30/90 السالف الذكر.

[3] علاق لمنور: المرجع السابق، ص9.

[4] أنظرفي ذلك: تعليق المستشارة فائزة بوتارن على القرار رقم150719 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، المرجع السابق، ص254.

إذ في الرأي الأول يبقى الواقف مالكا للعين في حين أنها في الرأي الثاني تخرج الملكية من ملك الواقف[1].

ولعل الرأي الثاني هو الأصح والأقرب للصواب كون أن الوقف شخصا اعتباريا له ذمة مالية مستقلة، إضافة إلى هذا فإن الأخذ بالرأي الثاني يجعلنا نجزم أن المال الموقوف بما أنه يخرج عن ملكية صاحبه فهو إذن مال ممنوع من التصرف فيه أو الحجز عليه أو كسبه بالتقادم.

فبالرغم من أن المشرع الجزائري عند تنظيمه لنظام الوقف[2] – سواء في نصوص قانون الأسرة أو في قانون الأوقاف – لم ينص صراحة على أن المال الموقوف لا يمكن أن يكسب بالتقادم إلا أننا يمكن أن نستشف ذلك ضمنيا من خلال مايلي:

- إن المادة 23 من قانون الأوقاف تنص على أن المال الموقوف يمنع التصرف فيه بشتى أنواع التصرف، إذ يبقى فقط حق الانتفاع للمالك الواقف، والمقصود من كلمة غير قابلة للتصرف فيها هو غير قابليتها للتقادم من باب أولى[3].
- بالرجوع إلى نص المادة 24 من قانون الأوقاف، نجد أن المشرع الجزائري حظر استبدال المال الموقوف بمال آخر إلا في حالات خاصة جدا، فمن باب أولى لا يجوز تملكه بالتقادم المكسب، كون أن هذا الأخير ينتقل الملكية كلية إلى الحائز بدون عوض[4].

لقد تعرضت المادة 36 من قانون الأوقاف إلى معاقبة الأشخاص الذين يقومون باستغلال الأموال الوقفية بصورة مستمرة أو باستعمال وسائل احتيالية طبقا للجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات، ووفقا للقواعد العامة، وقد أشارت المادة 21 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي98/...1 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها من الاستغلال المعاقب عليه وهو رهن الملك الوقفي كله أو جزء منه أو بيع مشتملات الملك الوقفي دون إذن من السلطة المختصة[5].

فمن خلال ما تقدم يتبين لنا أن المشرع الجزائري جرم عملية رهن الملك الوقفي دون إذن من السلطة المختصة لاعتباره تعدي هو عمل خطير على الرغم من أن عملية الرهن لا تنقل الملكية، فمن باب أولى كان أن يحظر تملك المال الموقوف بالتقادم لأنه ينقل الملكية.

---

[1] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص406.

[2] نظم المشرع الجزائري الأوقاف ضمن قانون الأسرة 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 بالمواد من 213 إلى 221 منه، و كذلك بموجب قانون 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، عدد21، سنة 1991.

[3] عمار علوي: الملكية و النظام العقاري في الجزائر، العقار، دار هومة، الجزائر، 2004، ص34.

[4] علاق لمنور: المرجع السابق، ص10.

[5] الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة، الجزائر، طبعة 2، 2006، ص103.

إضافة إلى ما تقدم فإن الدولة ملزمة بالسهر على احترام إرادة الواقف وتنفيذها[1]، وأن هذا لايمكن أن يتأتى إذا أبيح وضع اليد المكسب للملكية على المال الموقوف أو إذا أبيح أي نوع من أنواع التصرف عليه.

4- الحقوق المقيدة في السجل العقاري

السجل العيني أو نظام الشهر العيني هو مجموع تلك الصحائف العينية التي تختص كل منها بعقار معين، والتي تدون فيها جميع الحقوق والأعباء، والقيود المتعلقة بذلك العقار، حيث تعد هذه الصحيفة بمثابة وثيقة هوية ذلك العقار[2].

ولعل من أهم مبادئ السجل العيني أو نظام الشهر العيني هو مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهرة بالتقادم، فإذا كان التقادم المكسب سببا هاما من أسباب كسب الملكية العقارية في ظل نظام الشهر الشخصي، فإنه في ظل نظام الشهر العيني لا يعدو كذلك، لأنه يتعارض ومبدأ القوة الثبوتية للشهر، والذي يقضي بأنه من ثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بادعاء أي مغتصب يزعم أنه مالك لذات العقار[3].

وبالتالي فلا يمكن لواضع اليد على عقار خاضع للقيد في ظل نظام السجل العيني أن يتملكه بالتقادم مهما طالت مدة حيازته لتعارض ذلك مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر لان الحيازة قرينة على الملكية، والملكية تابعة ثابتة بموجب القيد[4].

و لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني، إذ بفحصنا للنصوص القانونية الواردة في الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري وكذا المرسومين التنفيذيين المطبقين له وهما المرسوم 62/76 المؤرخ في 1976/03/20 والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، وكذا المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 والمتعلق بأسس السجل العقاري، يظهر لنا أن المشرع الجزائري تبنى صراحة نظام الشهر العيني الذي يعتمد أساسا على عملية المسح كأساس مادي وعلى السجل العيني كأساس قانوني[5].

وعلى هذا الأساس نرى أن المشرع الجزائري بما أنه تبنى هذا النظام فإنه على غرار كل التشريعات التي أخذت به فهو يجعل كسب ملكية الحقوق المشهرة بالتقادم أمر غير مستساغ، إذ يمكن أن نستشف ذلك صراحة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 235/83 المؤرخ في 4 ماي 1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، والذي ألغي بموجب القانون 02/07 المؤرخ في فيفري 2007، إذ تنص المادة الأولى من هذا المرسوم على: " **كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر**

---

[1] أنظر المادة 05 من القانون 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف.

[2] إدوارد عيد: الأنظمة العقارية، مطبعة المتني، طبعة 2، 1996، ص11.

[3] جمال بوشنافة: شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص33.

[4] ليلى زروقي، حمدي باشا عمر: المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة2، 2006، ص44.

[5] جمال بوشنافة: المرجع السابق الذكر، ص38.

74/75 عقارا من نوع ملك، حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع فيها وعلانية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية ".

حيث يستنتج بمفهوم المخالفة من نص المادة أنه في الأراضي التي خضعت للمسح وإعداد السجل العقاري فإنه لا يمكن التذرع بالحيازة المكسبة من أجل تملك العقار بالتقادم و إعداد عقد الشهرة، هذا على خلاف نظام الشهر الشخصي الذي يؤدي إلى خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب بمرور المدة المحددة لذلك، لأنه نظام ليست له القوة الثبوتية التي تمنع الاكتساب بالتقادم[1].

ثانيا: الأشخاص الذين يحق لهم الإستفادة من التقادم

إن التملك بالتقادم المكسب يسري لفائدة أي شخص وضد أي شخص مهما كانت طبيعته القانونية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا[2].

حيث لا تشترط في الشخص الطبيعي أهلية معينة لكي يتمسك بالتقادم المكسب، لأن الأهلية القانونية تشترط لمباشرة التصرفات القانونية إذ هي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي يريده[3].

وبما أن الحيازة ليست بحق عيني لا حق شخصي ولا تصرفا قانونيا بل هي واقعة مادية بسيطة تحدث آثارا قانونية[4]، فإنها لا تشترط فيها الأهلية القانونية، إذ بإمكان أي شخص حتى ولو كان غير مميز أن يكسب حق الملكية بالتقادم بما يحوزه ممثله القانوني نيابة عنه، فيجتمع عند الحائز عنصري الحيازة المادي والمعنوي، وما يقال على الحائز غير المميز يقال على المجنون والمعتوه والشخص الاعتباري، إذ يتحقق العنصر المعنوي للحيازة عند من يمثلهم[5].

ولقد جاءت المادة 809 من القانون المدني الجزائري تؤكد ذلك إذ تنص صراحة على: " **يجوز لغير المميز أن يكتسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة** قانونية ".

---

[1] ليلى زروقي، حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص42.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص573.

[3] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص76.

[4] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص785.

[5] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص233،234.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فلقد أقر القانون كذلك أحقيته في التملك عن طريق التقادم المكسب وبالتالي إمكانية مباشرته للحيازة عن طريق السيطرة المادية التي يقوم بها من يمثله مثل المديرون أو الأشخاص المفوضون لذلك، إلا أنه لا يمكن أن يتملكوا عن طريق التقادم المكسب أموال الشخص المعنوي لمصلحتهم الخاصة[1].

ويستوي أن يكون الشخص المعنوي خاصا أو عاما، إذ يمكن أيضا للأشخاص الاعتبارية التابعة للدولة أن تستفيد من التقادم المكسب للعقارات التي يحوزها ممثلوها القانونيين كما نصت على ذلك المادة 26 من القانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية بخصوص طرق تكوين الأملاك الوطنية بقولها : ".. **طرق الاقتناء التي تخضع للقانون العام : العقد، التبرع، والتبادل، والتقادم، والحيازة ...**"

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التقادم المكسب

لقد اختلف شراح القانون المدني حول الطبيعة القانونية لنظام التقادم المكسب، حيث انقسموا إلى فريقين: فريق يرى بان التقادم المكسب يعد قرينة على الملكية و فريق آخر يرى أن التقادم المكسب هو سبب من أسباب كسب الملكية.

أولا: رأي الفريق الأول

يرى جانب من الفقه بأن التقادم المكسب ليس سببا من أسباب كسب الملكية ولكنه قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز، إذ لولاه لاضطر الحائز لان يثبت ملكيته في حال وجود من ينازعه إلى وسيلة الإثبات التسلسلي التي سبق وأن تطرقنا إليها والتي هي أمر مستحيل التحقق[2]، ولقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنه:" إذا ثبتت الحيازة تكون قرينة على الملكية فيفترض أن الحائز هو المالك حتى يقوم الدليل على العكس "، فالأساس التشريعي للتملك بالتقادم عند أصحاب هذا الرأي هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع لدى واضع اليد، والدليل على ذلك أن المشرع في إقراره للتقادم يعتبر حيازة الحق لمدة طويلة قرينة على الملكية، حيث في أغلب الأحيان يكون الحائز هو المالك الحقيقي غير أنه يكون عاجزا عن إثبات ملكيته، وبالتالي يأتي التقادم لإعفائه من عبء هذا الإثبات[3].

إلا أن هذا الرأي يؤاخذ عليه مأخذان:

1- إن القول بان التقادم المكسب هو قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز قول ليس له أي معنى قانوني فهو ليس إلا تعبيرا عن قاعدة موضوعية، كون أن فكرة القرينة القاطعة فكرة

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص29.

[2] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص241.

[3] المرجع نفسه: ص242.

فيها لبس لأن القرينة أداة إثبات وهو دليل من الأدلة لابد أن تقبل إثبات العكس فإن عجزنا عن إثبات العكس كنا أمام قاعدة موضوعية حقيقية[1].

2- إن القول بأن التقادم المكسب هو قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز ينطوي على الخلط بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية، كون أن القاعدة الموضوعية تقوم على فكرة القرينة[2].

فهناك قواعد موضوعية يستوجبها المشرع من فكرة القرينة ومنها يقرر حكما موضوعيا، وتكون القرينة متوارية وراء الحكم وبالنسبة للتقادم يمكن استنتاج هذا الترابط من خلال نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على التقادم المكسب الطويل، فمن المحتمل أن يكون المشرع الجزائري قد استعان لتقرير هذه القاعدة الموضوعية انطلاقا من قرينة أن الحائز الذي حاز الشيء مدة طويلة تفوق 15 سنة يفترض فيه أنه مالك لهذا الشيء[3].

ثانيا : رأي الفريق الثاني

يذهب غالبية الفقهاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار أن التقادم المكسب يعتبر سببا مباشرا لكسب الملكية أو الحق العيني و هو ليس مجرد قرينة قانونية، فالحائز الذي يتمسك بالتقادم يستفيد من قاعدة موضوعية تكسبه الحق، وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه[4].

فحيازة الحق العيني لمدة طويلة يعد بذاته سببا من أسباب كسب الملكية مستقلا عن أسباب كسب الملكية الأخرى الواردة في القانون المدني، وبالتالي فإن الحائز الذي يتمسك بالتقادم يعفى من تقديم الدليل على هدر ملكيته وصحة سنده، وهذا الرأي الأخير أخذ به المشرع الجزائري، حيث اعتبر أن التقادم المكسب سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، ونظمه في الفصل الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية بموجب المواد من 827 إلى 836 من القانون المدني وذلك ضمن القسم السادس من هذا الفصل والخاص بالحيازة.

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص566.
[2] المرجع نفسه: ص567.
[3] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص242.
[4] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق الذكر، ص567.

المطلب الرابع: تميز التقادم المكسب للملكية عن بعض الأنظمة المشابهة له

قبل الخروج من هذا الفصل ، والانتقال إلى الفصل الأول الذي سوف نتناول فيه أحكام التقادم المكسب للملكية، لابد قبل ذلك من التفريق بين نظام التقادم المكسب وبعض الأنظمة القانونية المشابهة في القانون المدني، وسنحاول تفريقه عن الاستيلاء الذي هو أيضا سبب من أسباب كسب الملكية، وكذلك عن التقادم المسقط الذي هو وسيلة لانقضاء الالتزام.

الفرع الأول: تمييز التقادم المكسب عن الاستيلاء

قد يختلط مفهوم كل من التقادم المكسب والاستيلاء على أساس أن كليهما ينبني على وضع اليد على المال بنية تملكه، وهذا ما يدعونا إلى التمييز بينهما فيما يلي:

فالاستيلاء هو طريق نشأة الملكية، ويعني وضع اليد على مال غير مملوك لأحد وقت الاستيلاء عليه بنية تملكه، وطالما أن محل الاستيلاء هو الشيء الذي لا يكون ملكا لأحد فإنه يعد سببا نادرا جدا لكسب ملكيته[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الاستيلاء لم يعد من أسباب كسب الملكية إلا حديثا على أساس أنه لا يرد إلا على الأموال التي لا مالك لها، وجل التشريعات تجعل الأموال التي لا مالك لها ملك للدولة[2]، وهذا ما ذهب إليها المشرع المصري حين أقر أن نظام الاستيلاء لا يمكن أن يكون إلا على المنقول دون العقار الذي لا يتصور أن يكون بدون مالك.

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا الموقف في نص المادة 773 من القانون المدني الجزائري حيث أدخل الأموال التي لا مالك لها ضمن الموال الدولة بقولها: " **تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركاتهم**"[3].

والآن بعد تحديد مفهوم الاستيلاء يمكننا الوقوف عند أوجه الاختلاف والتشابه بينه وبين نظام التقادم المكسب، فنجد أن كلا النظامين يتفقان في أن كلاهما يقوم على وضع مادي يتمثل في وضع اليد " الحيازة " على المال بنية التملك، وبهذا فهما يتطلبان أهلية معينة إذ يجوز حتى لغير المميز أن يتملك بالتقادم وأن يتملك عن طريق الاستيلاء .

أما عن أوجه الاختلاف بين كل من نظام الاستيلاء والتقادم فيمكن إبرازها في النقاط التالية:

1- التقادم المكسب للملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى، سيما الاستيلاء فهو مصدر منشئ لحق الملكية فقط دون بقية الحقوق العينية الأخرى وبالتالي فالتقادم أشمل وأوسع نطاقا من الاستيلاء.

2-التقادم المكسب سبب ناقل للملكية من المالك الأصلي والمفترض أنه تخلى عن ملكه إلى الحائز الذي هو المالك الجديد، بينما الاستيلاء فهو مولد للملكية حيث يكسب الحق ابتداء.

---

(1) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص126.

(2) علاق لمنور: المرجع السابق، ص 14.

(3) أنظر كذلك نص المادة 18 من قانون الأملاك الوطنية و التي تنص على:" **تشمل الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة خصوصا على ما يلي: ... الأملاك الشاغرة و الأملاك التي لا مالك لها...**"

3-التقادم المكسب يكسب الحائز للملكية بعد استمرار حيازته مدة معينة في حين أن الاستيلاء يكسب المستولي الملكية في الحال.

4-التقادم المكسب يتخلف عنه التزام طبيعي[1] في ذمة المالك الجديد اتجاه المالك السابق، بينما لا يتخلف عن الاستيلاء هذا الالتزام، لأن الملكية كانت بدون مالك .

الفرع الثاني: تمييز التقادم المكسب عن التقادم المسقط

إذا كان التقادم المكسب هو مضي فترة من الزمن على وضع اليد على حق دون أن يعرف له مالك، فإن التقادم المسقط هو مضي تلك الفترة على سكوت أحدهم عن المطالبة بحقه[2].

ويعرف التقادم المسقط كذلك على أنه ذلك الحق الذي يخوله القانون للمدين، والذي من خلاله يتمكن من الدفع بسقوط الالتزام إذا طالبه الدائن بتنفيذه، إذا ما أثبت فوات المدة القانونية اللازمة دون مطالبة الدائن بحقه[3].

فالزمن هو العنصر المشترك في كلا النظامين، كما وأن كلاهما تقادم مكسب ومسقط في نفس الوقت، لكن هذا لا يفيد وحدة النظامين بل هما يختلفان في نقاط ويشتركان في أخرى وهي ما سوف نتبناه في النقاط التالية:

أولا: أوجه التشابه

- التقادم ليس من النظام العام، بالتالي فلا يجوز للمحكمة لأن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يستوجب إثارة ذلك من ذوي الشأن[4]، وينطبق هذا على نوعي التقادم مكسب كان أو مسقط كما نصت عليه المادة 321 من القانون المدني الجزائري.
- يشترك كلا نوعي التقادم في أسباب وقف وانقطاع التقادم، وهذا ما نصت عليه المادة 832 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] الإلتزام الطبيعي هو الإلتزام الذي يفتقد إلى عنصر المسؤولية، حيث تنص المادة 320 من القانون المدني الجزائري:" يترتب على التقادم إنقضاء الإلتزام و لكن يتخلف في ذمة المدين إلتزام طبيعي"

[2] مشعل الهاجري: مقال بعنوان: التقادم المكسب و المسقط، جامعة الكويت، www.law.kuniv-edu.kw

[3] مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000، ص218.

[4] محمد أحمد عابدين: المرجع السابق، ص23.

- طريقة احتساب المدة واحدة بالنسبة إلى التقادم المسقط[1]، والتقادم المكسب حيث يدخل في ذلك بدء سريان التقادم، إذ تنطبق أحكام التقادم المسقط على التقادم المكسب، إذ تحسب المدة بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها[2].
- لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 322 من القانون المدني الجزائري فيما يخص التقادم المسقط .
- ولما كان هذا النص لا يتعارض مع التقادم المكسب فهو ينطبق عليه كذلك[4].

ثانيا: أوجه الاختلاف

- التقادم المكسب يلحق حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه، في حين أن التقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية والعينية ماعدا حق الملكية إذ لم يستعمله صاحب الحق مدة معينة[5].
- التقادم المكسب يقوم على واقعة إيجابية هي حيازة الشيء مدة معينة، في حين أن التقادم المسقط يقوم على واقعة سلبية تتمثل في السكوت عن الحق[6].
- يخول التقادم المكسب للحائز وسيلة لحماية حقه الذي كسبه سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع، أما التقادم المسقط فإنه يؤدي إلى انقضاء الحق، ومن ثم فهو لا يتصور إلا لأن يكون على أساس دفع ضد دعوى المطالب بالحق[7].
- يعتد في التقادم المكسب بحسن النية، الشيء الشئ يؤثر على طول وقصر المدة اللازمة لاكتساب الحق، بينما المدة في التقادم المسقط من النظام العام حددها القانون .

نخلص مما تقدم إلى أن التقادم المكسب وإن كان يتفق في بعض الوجوه مع التقادم المسقط والاستيلاء، إلا أنه يتميز عنهما في نقاط جوهرية تجعل منه نظاما قانونيا مستقلا بكيانه، حيث جعله المشرع الجزائري السبب السابع من أسباب كسب الملكية بعد الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والشفعة والعقد.

---

(1) محمد أحمد عابدين: المرجع السابق، ص24.
(2) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص986.
(3) مشعل الهاجري: المرجع السابق.
(4) قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص 237.
(5) محمدي فريدة زواوي: الحيازة و التقادم المكسب، المرجع السابق، ص83.
(6) المرجع نفسه، ص83.
(7) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص562

خلاصـــــــة

نخلص في ختامنا هذا الفصل التمهيدي إلى القول بأن نظام التقادم المكسب للملكية يعتبر نظاما قديما، إذ تعود بداياته الأولى إلى القانون الروماني الذي يعتبر أول تشريع وضعي أقر هذا النظام و جعله سببا من أسباب كسب الملكية، و ذلك على الرغم من أنه القانون الروماني لم يؤصل بدقة قواعده في شكل نظريات عامة بسب أنه و على غرار باقي التشريعات القديمة الأخرى فهو لم يكن وليد النظريات و الأفكار الفقهية و إنما كان وليد القضايا العملية و المسائل الواقعية المعروضة على الفقهاء.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فهي تقبلت فكرة التقادم على أنها مانع لسماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن البعيد و ليس اعتبارها سببا مكسبا للملكية، فحيازة الأموال المملوكة أو التي تعلقت بها حقوق الغير لا تصلح سببا لكسب ملكيتها ولو مع توافر شرط التقادم الذي يتطلبه القانون الوضعي، فلا يكسب التقادم حقا للحائز مهما طالت مدة حيازته، إذ أن التقادم بمعناه في القانون الوضعي ليس له نظير في الشريعة الإسلامية كون أن الشريعة لا تقر بسقوط الحق أو اكتسابه بمرور الزمن لأن ذلك يعد غصبا والغصب محرم شرعا.

و لقد استمدت جل التشريعات الحديثة أحكام التقادم المكسب من القانون الروماني أو من أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن غالبيتها سايرت القانون الروماني، فاعتبرت التقادم المكسب سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، فلم تعتبره مجرد قرينة على وجودها أو وسيلة لإثباتها، و من ذلك المشرع الجزائري الذي أخذ بدوره نظام التقادم عن المشرع الفرنسي الذي بدوره استمده من القانون الروماني، واعتبره كذلك سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، وتطرق عليه في القسم السادس المتعلق بالحقوق العينية الأصلية من القانون المدني الجزائري بموجب المواد من827 إلى836 منه.

بعد الوقوف في هذا الفصل التمهيدي على ماهية نظام التقادم المكسب للملكية بتبيان تطوره التاريخي و مفهومه و أساسه القانوني و نطاق إعماله، يكون حري بنا في الفصل الموالي- الفصل الأول- تناول أحكام هذا النظام القانوني، و ذلك بدراسة شروط إعمال نظام التقادم المكسب للملكية و كذلك الآثار المترتبة على ذاك.

الفصل الأول:أحكام نظام التقادم المكسب للملكية

بعد أن تطرقنا في الفصل التمهيدي –ماهية التقادم المكسب للملكية– إلى التطور التاريخي لهذا النظام القانوني بدءا من القانون الروماني الذي هو مهد هذا النظام ثم إلى أحكامه في الشريعة الإسلامية ووصولا إلى القوانين الحديثة التي جلها تبنته في تشريعاتها على خلاف توجهاتها، وكيفية تسويغ هذا النظام أي هل هو سبب من أسباب كسب الملكية أم هو فقط قرينة قانونية على الملكية ووسيلة إثبات، ثم بعد ذلك تطرقنا بصفة وجيزة إلى مفهوم التقادم المكسب أين وقفنا على تعريفه وأنواعه وأساسه القانوني وطبيعته القانونية وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له.

نأتي في هذا الفصل– أحكام التقادم المكسب– لنقف بشيء من التفصيل على أحكام هذا النظام، أين سنتناول الشروط التي يقام عليها نظام التقادم المكسب بأنواعه، وكذلك إلى الآثار القانونية التي الناتجة عن إعمال هذا النظام.

ولقد سبق وأن قلنا أن المشرع الجزائري يقر بثلاثة أنواع من التقادم المكسب للملكية، والتي هي التقادم المكسب الطويل، والتقادم المكسب القصير، وتقادم الحقوق الميراثية.

فالتقادم المكسب الطويل نصت عليه المادة 827 من القانون المدني الجزائري و الذي يسري على العقار والمنقول على السواء، وبه يتملك الحائز الحق الذي يحوزه إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة كاملة، والتقادم المكسب القصير والذي نصت عليه المادة 828 من القانون المدني الجزائري والذي لا يسري إلا على العقار وبه يتملك الحائز العقار محل الحيازة إذا استمرت حيازته له مدة 10 سنوات[1]، ولكن يشترط أن تقترن الحيازة بحسن النية، ومستندة في ذات الوقت إلى السند الصحيح[2].

وتقادم الحقوق الميراثية والذي نصت عليه المادة 829 من القانون المدني الجزائري والذي مؤداه أن الوريث الحائز للحق العيني لأحد شركائه في الميراث فإنه يتملكه بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة 33 سنة وبقي الوريث صاحب الحق ساكتا ولم يطالب بحقه[3].

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن أنواع التقادم الثلاثة تشترك في وجوب توافر شرطان هما شرط الحيازة وشرط استمرارها مدة معينة يتطلبها القانون، وإن كانت تختلف في الأنواع الثلاثة، كما يتبين لنا أيضا أن التقادم المكسب القصير ينفرد

---

(1) القانون المصري يجعل التقادم القصير خمسيا، أي يقدر مدة الحيازة بـــ 05 سنوات.

(2) عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ، ص576.

(3) عمار روابنية: المرجع السابق، ص105.

بشروط أخرى غير التي تشارك فيها الأنواع الأخرى، حيث يشترط فيه بالإضافة إلى شرط الحيازة والمدة القانونية، أن يكون الحائز حسن النية ولديه سند صحيح[1].

إذ أن توافر هذه لشروط سواء فيما يتعلق بالتقادم الطويل أو التقادم القصير أو تقادم الحقوق الميراثية من شأنه أن ينتج آثارا قانونية، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول شروط التقادم المكسب للملكية وفي المبحث الثاني الآثار المترتبة على التقادم المكسب للملكية.

---

[1] عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان: أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص117.

المبحث الأول: شروط التقادم المكسب للملكية

سنتناول في هذا المبحث شروط التقادم المكسب للملكية التي حددها القانون المدني، وبما أنه هناك شروط مشتركة يجتمع فيها أنواع التقادم المكسب الثلاثة، سنحاول أن نتناولها في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني والثالث فسنتناول شروط كل من التقادم المكسب القصير، وتقادم الحقوق الميراثية لأنها تتطلب شروط خاصة.

المطلب الأول: الشروط العامة للتقادم المكسب للملكية

بالرجوع إلى نصوص المواد 827، 828، 829 من القانون المدني الجزائري، نجد أن كل أنواع التقادم الثلاثة: التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير وتقادم الحقوق الميراثية تشترك في شرطين أساسيين وهما شرط الحيازة وشرط المدة، فلا بد أن يحوز الشخص الحق حيازة قانونية مشتملة على عنصريها المادي والمعنوي، وأن تكون الحيازة خالية من العيوب، وأن تستمر مدة معينة من الزمن يحددها القانون، و عليه سنتناول هذين الشرطين في فرعين كالآتي:

الفرع الأول : شرط الحيازة، الفرع الثاني : شرط المدة.

الفرع الأول: شرط الحيازة

نص المشرع الجزائري على الحيازة بصفة عامة في نص المواد من 808 إلى 843 من القانون المدني الجزائري الواردة في الفصل الثاني بعنوان" طرق اكتساب الملكية " من الباب الأول الخاص بحق الملكية من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية.

وجاءت كذلك المواد من 413 إلى 419 من قانون الإجراءات المدنية نتناول الحيازة في الباب الأول المتضمن دعاوى الحيازة من الكتاب السابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمواد خاصة[1].

حيث لم يرد تعريف الحيازة في نصوص القانون المدني الجزائري، أما القانون الفرنسي فقد عرف الحيازة بأنها:" وضع اليد أو الانتفاع بشيء أو حق عيني يكون للحائز أن يستعمله بنفسه أو بواسطة شخص آخر يضع يده عليه أو يستعمله باسم الحائز"[2].

ويعرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الحيازة على أنها:" وضع مادي ينجم عنه أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن"[3].

وتعتبر الحيازة أهم شرط تبنى عليه كل أنواع التقادم، إذ نجد أن المشرع الجزائري في نص المواد 827، 828، 829 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالتقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير وتقادم الحقوق الميراثية استعمل لفظ الحيازة "**من حاز عقارا آو منقولا...**"، "...**إذا وقعت الحيازة ...**" ، "...**إلا إذا دامت الحيازة ...**".

---

(1) Voir art 2228.code civil française. « la possession est la détention ou la jouissance dune chose ou d'un droit que nous on que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient on qui l'exerce en notre nom. »

(2) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص07.

(3) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق ص784.

ومنه يشترط المشرع الجزائري في التقادم المكسب سواء كان طويلا أو قصيرا أو خاصا بالحقوق الميراثية أن تتوافر الحيازة القانونية الصحيحة[1].

والسيطرة الفعلية التي يبنى عليها لا يمكن أن تتأتى إلا إذا قام الحائز بأفعال مادية هي السيطرة المادية وأخرى معنوية هي نية اكتساب الحق محل الحيازة، وبالتالي فإن الحيازة الحقيقية سواء في القانون المدني أو في الشريعة الإسلامية تقام على عنصرين هامين هما العنصر المادي، والعنصر المعنوي[2].

ولكي تنتج الحيازة الحقيقية آثارها القانونية المتوخاة لاسيما كسب الحق المحاز بالتقادم إذ لابد من توافر شرط آخر وهو سلامة هذه الحيازة وخلوها من العيوب التي قد تشوبها إذ أن الحيازة المعيبة لا تؤدي إلى الكسب بالتقادم[3].

ولهذا سنتناول في هذا المطلب شروط قيام الحيازة المتمثلة في العنصر المادي والمعنوي، ثم نتناول تباعا شروط الحيازة المكسبة بالتقادم.

أولا: شروط قيام الحيازة

ذيشترط في الحيازة الصحيحة التي يقوم عليها التقادم المكسب بأنواعه أن تتوافر على عنصرين عنصر مادي،ذ وعنصر معنوي.

1-العنصر المادي للحيازة :

والمقصود بذلك أن الشخص يسيطر على الشيء ابتداء ولم تكن الحيازة في يد أحد أو قبله، ويباشر الحائز هذه السيطرة المادية بقيامه أعمالا مادية كذلك التي يباشرها المالك الحقيقي وذلك مهما كان الشيء محل الحيازة منقولا أو عقارا سواء دارا أو أرضا فلاحية[4].

والأعمال المادية التي يباشرها الحائز على الشيء قد تكون كزراعة الأرض أو استغلال الغابة أو سكن المنزل أو إيجاره[5]، وفيما يخص المنقول كسياقه السيارة أو ركوبها وصيانتها[6].

ويشترط في جميع الأحوال أن تكون الأعمال التي يباشرها الحائز من شأنها أن تدل دلالة كافية على الحيازة بحيث لا يبقى مجال للشك في أن الذي يحوزه هو صاحب الحق.

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص07.
(2) عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص104.
(3) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1011.
(4) قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص24.
(5) محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الحيازة و التقادم، المطبعة العالمية، مصر، 1982، ص13.
(6) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشأة المعارف، 2004، ص253.

وتختلف الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز حسب نوع الحق، فإذا كان حق الملكية وحده فإن الأعمال التي يقوم بها الحائز تتلخص في عناصر حق الملكية[1]، والتي هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، أما إذا كان الحق المحار عند حق الملكية كحق الارتفاق مثلا، فإن الأعمال التي يقوم بها الحائز تتمثل في ارتفاق الشرب أو ارتفاق المرور وذلك على حسب اختلاف نوع حق الارتفاق المحاز[2].

ولا يشترط القانون أن تكون الأعمال المادية المكونة للعنصر المادي للحيازة متواصلة بل ما يشترط أن يكون الحائز على اتصال بالعقار المحاز طبقا لما هو متعارف عليه ووفقا لطبيعة العقار وطريقة الانتفاع به[3].

ويتحقق الركن المادي للحيازة بحسب اختلاف الأوضاع التالية:

أ- اكتساب الحيازة بطريق السيطرة المادية ابتداء:

تكتسب الحيازة ابتداء بعمل يصدر من الحائز وحده، ويتم ذلك إذا لم يكن هناك حائز سابق فيكون بذلك الحائز هو أول من وضع يده على الشيء، فهنا يباشر الحائز الأعمال المادية التي يباشرها المالك عادة على ملكه، فإن كان المحوز دارا دخلها الحائز وسكنها، وإن كان منقولا أحرز عليه وجعله في قبضته وتصرف فيه تصرف المالك على ملكه[4]، هذا فيما يخص حق الملكية، فإن كان الشيء الذي وقعت عليه الحيازة غير حق الملكية كحق الارتفاق مثلا، فإنه لا يستلزم وجوده في اليد الحائز، فيكفي أن يباشر الحائز أعمالا تتماشى مع طبيعة الحق كالمرور مثلا مع بقاء الشيء في يد مالكه[5].

ب- اكتساب الحيازة بالسيطرة المادية انتقالا:

في هذا الفرض لا يكون الشخص حائزا للعقار ابتداء، وإنما تكون قد انتقلت إليه الحيازة من حائز سابق كان هو المسيطر ماديا على الشيء ثم نقل الحيازة للغير، كأن يبيع شخص عقارا أو منقولا كان في حيازته إلى شخص آخر وسلمه المبيع، فهنا كانت السيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان مالكا له أو غير مالك تم عن طريق البيع، ثم نقل هذه السيطرة للمشتري بتسليمه المبيع[6].

---

[1] أنظر نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها تعريف حق الملكية وعناصرها.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص13.

[3] عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص107.

[4] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص102.

[5] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص230.

[6] محمد علي الأمين: المرجع السابق الذكر، ص102،103.

ولا يشترط تمكن الحائز الجديد الفعلي من المبيع، بل فقط يشترط الإمكانية من الاستحواذ، فإن كان محل الحيازة سكنا مثلا، فإنه بمجرد تسلم المفاتيح يكون البائع قد نقل السيطرة المادية للمشتري[1].

ولا يكون انتقال السيطرة المادية بالبيع فقط، وإنما يمكن أن تنتقل بطريق نقل الملكية بالإرث ن والوصية إن كان الحائز خلاف عاما لسلفه، وبموجب البيع – كما أشرنا سابقا – إذا كان الحائز خلفا خاصا لسلفه، وفي كل الأحوال تبقى حيازة الخلف استمرارا لحيازة السلف[2].

ج- اكتساب الحيازة بالسيطرة غير المباشرة – الحيازة بالوساطة :

يمكن اعتبار طريقة اكتساب الحيازة بالسيطرة المادية ابتداء، وبالسيطرة المادية انتقالا طرق مباشرة للسيطرة المادية للحائز، أما اكتساب الحيازة بالوساطة فهي طريق غير مباشر.

حيث تنص المادة 810 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الإئتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة، وذلك كله مع مراعاة أحكام الأمر الصادر في شأن الثورة الزراعية، وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت الحيازة استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها**".

يتضح لنا من نص المادة الأنف ذكرها، أنه يمكن للحائز أن يمارس الأعمال المكونة للعنصر المادي للحيازة إما بنفسه أو بواسطة الغير[3].

وهذا ما يصطلح عليه بالحيازة بالوساطة، فهنا الحائز لا يسيطر على الشيء بنفسه بل يعهد به إلى شخص لآخر يحوز الشيء حيازة مادية، وتجمع بالحائز علاقة التابع بالمتبوع[4].

حيث يأتمر بأوامره وينهى بنواهيه فيما يتعلق بالسيطرة المادية على الشيء كعلاقة الخادم بالمخدوم، والأمثلة على ذلك كثيرة من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه أو أعوانه أو عماله أو مستخدميه أوسائق سيارته، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مستخدمهم، ولكن يبقى العنصر المعنوي[5] متوافر فقط عند المستخدم، وعليه فإن الحيازة بالوساطة تنتج آثارها القانونية فقط لصالح الحائز القانوني الذي يتوافر لديه الركن المعنوي للحيازة، فهو الذي يكسب الحق محل الحيازة بالتقادم المكسب إذا استمرت حيازته المدة القانونية، أما الوسيط فليس لديه سوى سيطرة مادية يباشرها باسم الحائز ولحسابه و منه فحيازته لا تكسبه شيئا لذاته.

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص26.
[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص14.
[3] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص231.
[4] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص15.
[5] العنصر المعنوي للحيازة – وسنراه لاحقا – ومعناه نية الحائز بالظهور مظهر المالك.

كما يلاحظ في حالة الحيازة بالوساطة أننا نكون بصدد شخصين أحدهما هو الحائز الحقيقي الذي يكسب الحق بالتقادم والتالي هو الحائز العرضي الذي تتوافر لديه نية الكسب بنفسه[1] بخلاف الحائز الحقيقي.

وإذا أثار شك حول وصف الحيازة هل هي حيازة أصلية أنم حيازة عرضية فهنا يفترض أن الحيازة الظاهرة هي التي تكون قرينة على الحيازة الحقيقية حتى يثبت العكس، والمشرع الجزائري بنص المادة 810 من القانون المدني الجزائري وضع قرينة قانونية بسيطة مفادها أن الشخص يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت الحيازة استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ فيها.

كما يمكن أن تكون الحيازة على الملكية المفرزة، كما يجوز أن تقع على الملكية الشائعة، فالحائز على الشيوع يتوافر لديه عنصرا الحيازة المادي والمعنوي، إلا أن العنصر المعنوي في الحيازة يكون بنية الحائز في استعمال الشيء شياعا مع غيره لا خالصا له، وكذلك يقوم بالأعمال المادية للحيازة أيضا ، ولكن يستلزم ذلك ألا تمنع سيطرته المادية على الشيء المحاز بقية الحائزين من ممارسة سيطرتهم المادية هم كذلك[2].

والمثال على هذا النوع من الحيازة نجده في شخصين يحوزان مسكنا على الشيوع فلهما أن يسكناه معا أو يؤجرانه معا، ولهما أيضا أن يقسمانه معا قسمة مهايأة، فيسكن الأول طابقا من المسكن والآخر طابقا آخر، ويقسمانه قسمة مهايأة زمنية لكل واحد منهما حيازة مدة معينة[3].

والحيازة على الشيوع لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع، فلا تحمى حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة المعروفة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع، ومن جهة ثانية لا يكسب أحد الشركاء الحق بالتقادم متى توافرت شروطه إلا شائعا، فيملك النصف أو الربع أو ... إلخ، إلا إذا غير أحد الشركاء بعمل منه صفة الشيوع يدل دلالة كافية على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه[4].

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص28.

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص109.

[3] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص109.

[4] عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق الذكر، ص800.799.

2- العنصر المعنوي للحيازة :

إلى جانب اشتراط توافر الركن المادي للحيازة يشترط القانون توافر الركن المعنوي، والذي هو عنصر النية والقصد[1].

حيث يعرف العنصر المعنوي على أنه نية الحائز في أن يظهر بمظهر المالك، وأن يعمل لحساب نفسه وسنتناول في هذا العنصر النقاط التالية:

- النظرية الشخصية والمادية للعنصر المعنوي للحيازة.
- انتفاء عنصر القصد في إتيان الرخص من المباحات وأعمال التسامح.
- ضرورة توافر عنصر القصد في حيازة عديم التمييز.
- الحيازة العرضية وأحكامها.

أ- النظرية الشخصية والمادية للعنصر المعنوي للحيازة :

أ1- النظرية الشخصية:

يذهب أيضا أنصار هذه النظرية إلى أن الحيازة لا تكتمل بمجرد توافر العنصر المادي لها وهو السلطة المادية، بل لابد من توافر عنصر القصد، والذي يتحقق بأن يكون للحائز النية في استعمال الحق لحساب نفسه[2].

ولقد نادى بهذه النظرية الفقيه سافيني (SAVIGNY) في مؤلفه "TRAITE DE LA POSSESION" سنة 1803، ولكن المقصود بالعنصر المعنوي لديه أن يستعمل الحائز الشيء الذي يحوزه كأنه صاحب الحق فعلا، فإذا كان الحق المحاز حق ملكية مثلا وجب أن يتوافر لدى الحائز قصد استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه وإذا كان الحق محاز غير حق الملكية كحق الارتفاق مثلا فيجب أن يكون لدى الحائز نية استعمال الشيء كصاحب حق ارتفاق[3].

ومن أمثلة ذلك لا يمكن اعتبار حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع له بتوافر على العنصر المعنوي للحيازة لأن كلا منهم يحوز لحساب غيره – المؤجر أو المعير أو المودع – وليس لحساب غيره ناهيك عن أن هذه الحقوق شخصية لا عينية.

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص294.

[2] المرجع نفسه، ص295.

[3] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص16، 17.

أ2– النظرية المادية:

يتزعم أنصار هذه النظرية الفقيه القانوني إهرنج (IHERING) سنة 1867 في مؤلفه:" LE FENDEMENT DES INTERDITS POSSESSOIRES"[1].

ولقد جاءت هذه النظرية مناقضة للنظرية الشخصية غير أنها لا تلغي تماما العنصر المعنوي للحيازة[2]، كون أنه لا يمكن فصل العنصر المادي للحيازة عن العنصر المعنوي إلا في فروض نادرة جدا مثل النائم والسجين وعديم التمييز[3].

ويترتب على هذه النظرية أن كل سيطرة مادية إرادية مقصودة تجعل صاحبها حائزا سواء كانت حيازته لحساب نفسه أم لحساب غيره، وعليه فالمستأجر والمستعير والمودع لديه يعتبر حائزا بمفهوم هذه النظرية.

وتظهر أهمية هذه النظرية في نتيجة هامة كون أنها تحمي الحائز لحساب غيره في جميع دعوى الحيازة على خلاف النظرية الشخصية التي لا تعترف بهذه الحماية[4].

أ3 – موقف المشرع الجزائري من النظريتين:

المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الشخصية[5]، حيث لم يمنح الحماية القانونية للحائز العرضي ولكنه وسع من نطاقها، حيث استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصي، وحماه بدعاوى الحيازة، وهذا واضح بنص المادة 487 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" **لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من أجنبي والذي لا يستند على حق له على العين المؤجرة، وهنا لا يمنع المستأجر من أن يطالب شخصا بحق لمن تعرض له بالتعويض وأن يمارس ضده دعاوى الحيازة ...**" .

والمشرع الجزائري الذي حمى المستأجر بدعاوى الحيازة لمن يتعرض له بالرغم من أنه تبنى النظرية الشخصية والتي– كما سبق قوله آنفا – لا تحمي الحائز العرضي، يكون قد اقر استثناء ضيقا بنص هذه المادة والمتعلق فقط بحق المستأجر[6].

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص17.

[2] Alex Weill : Op cit, P326.

[3] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص 295.

[4] عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص115.

[5] المشرع المصري تبنى أيضا النظرية الشخصية، بينما المشرع الفرنسي تبنى النظرية المادية، حيث تنص المادة 2282 من القانون المدني الفرنسي على:" يمنح جميع دعاوى الحيازة الحائز العرضي ضد كل من يتعرض له باستثناء صاحب الحق، فلا يجوز لصاحب الحق العرضي رفع دعاوى الحيازة ضده" أنظر في ذلك: قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص36.

[6] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص18.

ولقد سبقت الإشارة إلى أنه تجوز الحيازة بالوساطة، فيحوز الوسيط الشيء بمباشرته للأعمال المادية باسم الحائز ولحسابه، أما العنصر المعنوي فيختلف عن العنصر المادي إذ يشترط أن يستعمله الحائز بنفسه ولا تجوز فيه الوساطة لأن القصد أمر شخصي لا نتصور فيه الإنابة[1].

ويستثني المشرع الجزائري غير المميز والذي أجاز له الحيازة بالنيابة بموجب نص المادة 809 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" **يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية**"

ب- انتفاء عنصر القصد في إثبات الرخص من المباحات وأعمال التسامح:

تنص المادة 808 من القانون المدني الجزائري على:" **لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة أو على عمل يتحمله على سبيل التسامح** ".

يلاحظ أنه ورد في نص هذه المادة خطأ موضوعي، وذلك بقول المشرع بأن العمل المكون للرخصة هو عمل يأتيه الغير، والصحيح هو أن هذا العمل يصدر من الحائز نفسه، فالحائز هو الذي يقوم بأعمال بموجب رخصة، في حين أن أعمال التسامح تصدر من المالك، ولهذا فهي أعمال تسامح الغير فيها، وعلى هذا فالواجب تصحيح نص المادة لتصبح كما يلي :" لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة أو على عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح "[2].

وسنتناول فيما يلي أعمال الإباحة، ثم أعمال التسامح.

ب1- لا تقوم الحيازة على مجرد رخصة من المباحات:

كما جاء في نص المادة 808 السالفة الذكر فإنه لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات، فالمقصود من اعتبار العمل مجرد رخصة ذلك الذي يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له، ولا يتضمن تعديا على ملك جاره[3].

فالشخص مخير في أن يقوم بذلك العمل أو في أن يمتنع عن القيام به، ومنه فالعمل الذي يقوم به الشخص يفتقر إلى العنصر المادي إذ لا وجود لعمل من أعمال التعدي، وكذلك يفتقر إلى العنصر المعنوي إذ هو لا يقصد القيام بذلك العمل ضد إرادة المالك[4].

والمثال على ذلك أن يفتح شخص مطلا في بيت له مع مراعاة المسافة القانونية، ويكون له جار له أرضا فضاء، وتمضي مدة 15 سنة – مدة التقادم المكسب – فهنا لا يمكن لمالك العقار أن يمنع جاره من البناء في حافة ملكه على أساس أنه ملك حق ارتفاق بالتقادم، وذلك لأن قيام المالك بفتح المطل يعتبر عملا له رخصة قانونية وليس عملا من أعمال التعدي، وكذلك الشأن إذا انتفع شخص على نحو معين بملك غيره وكان هذا الانتفاع مما يرخصه القانون، فهنا لا يمكن أن يتحقق الركن المادي للحيازة لانتفاء عمل التعدي كما أشرنا آنفا، فالسير في الشوارع والتنزه في الحدائق وإيقاف

---

[1] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص231.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص19.

[3] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص516

[4] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص20.

السيارات على أفواه الطرقات كل هذا لا يمكن أن يكسب المنتفع حقا عليها لانتفاء العنصر المادي[1].

وما يقال عن العمل الايجابي يقال عن إتيان رخصة ما من المباحات فلا يسقط ذلك حقه بالتقادم، حيث أن المالك الذي يمتنع عن البناء في أرضه مدة 15 سنة لا يسقط حقه في البناء بعد ذلك إذا ادعى جاره أنه كسب حق ارتفاق على تلك الأرض لعدم البناء فيها مدة 15 سنة.

ب2- لا تقوم الحيازة على إتيان عمل من أعمال التسامح:

كما جاء في نص المادة 808 من القانون المدني الجزائري فإنه لا يمكن أن تقوم الحيازة المؤدية للتملك بالتقادم المكسب عن طريق عمل من أعمال تؤتى على سبيل التسامح، وأعمال التسامح هي تلك الأعمال التي يكون فيها المالك والذي عادة ما يكون هو الجار متساهلا مع الحائز، وإن كان من شأن تلك الأفعال أن تحمل اعتداءا على ملكيته، إلا أنها ليست من الجسامة ما تجعل المالك يحس بأنها أعمال تعد فيسعى إلى إيقافها[2].

فهنا يكون المالك في وضع المتسامح والمقر سواء ضمنيا أو صراحة بأعمال التعدي التي يباشرها الغير إلا أنه يجوز له الرجوع عن هذا الترخيص في أي وقت شاء.

وأعمال التسامح تقع على ملكية الغير وهي تشكل سلطة على الشيء، فيتوفر فيها العنصر المادي، ويتخلف العنصر المعنوي، إذ لا يمكن للحائز أن يناور للظهور بمظهر صاحب الحق لأن المالك كان فقط متسامحا معه[3].

وتختلف أعمال الرخص من المباحات عن أعمال التسامح في كون أن هذه الأخيرة تستند إلى الركن المادي والمتمثل في عمل التعدي إلا أن الغير يتحمله على سبيل التسامح، في حين أن أعمال الرخص لا تستند لا إلى الركن المادي ولا إلى الركن المعنوي، و مثال ذلك أن يمر شخص في أرض جاره، فيتركه الجار متسامحا معه وحفاظا لعلاقات الجوار، ثم تمضي بعد ذلك 15 سنة[4] مدة التقادم المكسب، فلا يكون لهذا الشخص أن يدعي كسب حق ارتفاق المرور، كون أن المالك كان له أن يمنعه إلا لأنه تسامح في ذلك[5].

---

[1] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص231.

[2] محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص28.

[3] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص21.

[4] يكسب حق ارتفاق المرور بالتقادم المكسب الطويل لمدة 15 سنة مالم يكن على أساس مجرد إباحة، أنظر في ذلك: زرقين رمضان: المرجع السابق، ص58.

[5] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص21.

ونشير أخيرا أنه ليس هناك ما يحول من أن تنقلب أعمال التسامح ورخص المباحات إلى أعمال حيازة قانونية صحيحة تتضمن التعدي على ملك الغير فيتحقق لها العنصر المعنوي، ويتحقق ذلك إذا قام الشخص بمعارضة حق المالك واشعاره بأنه يحوز حقا وأن يقصد استعماله فتصبح حينئذ حيازته قانونية[1].

أما خلاصة ما يمكن الوصول إليه هو أن الحيازة القانونية الصحيحة لا تقوم إلا إذا اجتمع لدى الحائز العنصر المادي والعنصر المعنوي للحيازة معا، الشيء الذي يؤهله لكسب الحق بالتقادم المكسب متى كانت الحيازة خالية من العيوب، ومستمرة لمدة 15 سنة و10 سنوات و33 سنة حسب الحالة.

ج- ضرورة توافر عنصر القصد في حيازة عديم التمييز:

تنص المادة 809 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **يجوز لغير المميز[2] أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية** ".

لقد سبق وأن رأينا أن القاعدة فيما يتعلق بالعنصر المادي للحيازة أنه يصح أن يباشر الحائز الأعمال المادية المكونة لهذا العنصر بواسطة شخص ينوب عنه و لحسابه،
لكن الأمر بالنسبة للعنصرالمعنوي للحيازة يختلف إذ أن الأصل هو وجوب توافر نية الظهور بمظهر صاحب الحق لدى الحائز نفسه[3]، فلا يمكن للخادم أو المتبوع أو الحائز العرضي نيابة صاحب الحق في قصده في نية التملك.

إلا أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى يستثنى بنص المادة 809 من القانون المدني الجزائري من هذا الأصل حالة ما إذا كان الحائز غير مميز[4]، فإذا كان الحائز صغيرا فعندئذ يتحقق العنصر المعنوي لدى الولي أوالوصي، ويجتمع لدى النائب العنصران المادي والمعنوي.

فعديم التمييز عديم الإرادة، وبذلك يستحيل أن يتوفر لديه عنصر القصد في التملك، وعليه اقتضت الضرورة أن يتوافر هذا العنصر لدى من ينوب عنه نيابة قانونية، فيقوم هذا النائب القانوني بمباشرة كلا من عنصري الحيازة المادي والمعنوي[5] نيابة عن عديم التمييز ولحسابه فتنتج هذه الحيازة آثارها لصالح عديم التمييز لا لصالح واضع اليد الظاهر.

د- الحيازة العرضية وأحكامها:

---

(1) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص299.

(2) عديم التميز في القانون المدني الجزائري هو من لم يبلغ سن 13 سنة، و كذلك المعتوه و المجنون، أنظر نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

(3) عبد النعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص520.

(4) محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص233، 234.

(5) ما يقال بالنسبة لعديم التمييز ينطبق على الأشخاص المعنوية، فمن ينوب عنها هو من يمثلها في مباشرة الحيازة بعنصريها المادي و المعنوي.

الحيازة الصحيحة التي تؤدي إلى اكتساب الحق هي التي يجب أن يتوافر فيها العنصر المادي للحيازة والمتمثل في مباشرة الأعمال المادية وكذلك توافر نية اكتساب الحق، إذ في حالة انتفاء النية في اكتساب الحق نكون بصدد ما يسمى: الحيازة العرضية.

فالحيازة العرضية ليست حيازة صحيحة، لأن الشخص الذي يحوز الشيء حيازة عرضية هو لا يحوزه لحساب نفسه بل لحساب الغير [1].

فالحائز العرضي تنتفي لديه نية الظهور مظهر صاحب الحق والانتفاع بالشيء لحساب نفسه، وإنما نجد نية اكتساب الشيء وقصد تملكه متوافر عند الغير الذي يستعمل الحق باسمه، وهذا الغير هو الحائز القانوني [2].

والحائز العرضي يباشر الأعمال المادية على الشيء إما بمقتضى إذن من صاحب الحق أوبناء على ترخيص من القانون أو القضاء، وتكون الحيازة في جميع الأحوال لحساب الحائز القانوني، والذي هو المالك الأصلي [3].

ومن أمثلة الحائز العرضي المستأجر والمستعير والمودع لديه والوكيل والحارس فهم بوصفهم هذا ينتفعون بالشيء لحساب غيرهم " المؤجر، والمعير، والمودع، والأصيل [4]، لا لحساب أنفسهم فهم يحوزون بالوساطة، والحائز العرضي إما أن يكون مرتبطا مع الحائز الأصلي بعلاقة تابع بمتبوع ، حيث يأتمر لأوامره في مباشرة الأعمال المادية كما الشأن في الخدم والعمال والوكلاء أو إما أن يكون الحائز العرضي غير تابع للحائز الأصلي، فهو لا يأتمر بأوامره كما في حالة المستأجر وصاحب حق الانتفاع، فهو يحوز لحساب نفسه حق الانتفاع، ويحوز لحساب مالك الرقبة حق الملكية.

د1- خصائص الحيازة العرضية:

تتميز الحيازة العرضية بخاصيتين اثنين هما:

- **وجود سند قانوني لدى الحائز:**

حيث أن الحائز العرضي يحوز الحق دائما بناء على سند قانوني [5]، وحيازته بذلك لا يمكن أبدا أن تكون مخالفة للقانون، إذ لابد من الاستناد إلى سند قانوني، هذا السند إما أن يكون عقدا من المالك كما الشأن في إستناد المستأجر الحائز العرضي إلى عقد الإيجار الذي يربطه مع المؤجر، وقد يكون ترخيصا من القضاء كما الشأن بالنسبة للولي الذي يحوز لحساب القاصر، وقد يكون ترخيصا من القانون كما هو الحال بالنسبة للحارس المكلف قانونا بإدارة الأموال .

وفي كل الأحوال فإن السند هو الذي يضفي على الحيازة صفة العرضية إذ يتضمن اعترافا بحق الحائز الحقيقي.

- **التزام الحائز العرضي برد الشيء:**

---

(1) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص825.
(2) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص300.
(3) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص23، 24.
(4) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص523.
(5) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص24.

إن ما توصلنا إليه في العنصر السابق، والمتمثل في وجود سند قانوني لدى الحائز، والذي يضفي على الحيازة صفة العرضية، إذ يتضمن اعترافا بحق الحائز، يسوقنا إلى هذا العنصر، إذن هذا الاعتراف لابد أن ينجر عنه التزام برد الشيء لصاحبه[1].

فالحائز العرضي يحوز حيازة مادية فقط، وهو ملزم برد الشيء في الأجل الذي يحدده القانون أو العقد حسب مصدر السند[2].

د2- آثار الحيازة العرضية:

إن الحائز العرضي مهما كالت مدة حيازته، فإنه لا يتأتى له أبدا أن يتملك الشيء الذي يحوزه بالتقادم المكسب كما لا يستطيع حماية حيازته بدعاوى الحيازة، إذ يرى بعض الفقهاء أن الحيازة العرضية هي في حد ذاتها عيب من عيوب الحيازة[3]، لأنها لا تمنح لصاحبها الحماية القانونية ولا تكسبه بالتقادم، إلا أن هذا الرأي منتقد عند غالبية الفقهاء كون أن اعتبار الحيازة العرضية هي عيب من عيوب الحيازة هو أمر غير مستساغ وغير منطقي لأن العرضية وإن كانت عيب من عيوب الحيازة فهي عيب مطلق بينما عيوب الحيازة الأخرى هي نسبية إلى جانب كون أن الحيازة أمر مستمر لا ينقطع في حين أن عيوب الحيازة الأخرى هي وقتية يمكن أن تزول[4].

ولعل أهم أثر للحيازة كما سبق له الإشارة أن الحائز العرضي مهما طالت مدة وضع يده فهو لا يتملك العين المحازة بالتقادم، حيث تنص المادة 831 من القانون المدني الجزائري على: " **ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، على أنه يستطيع أن يغير لنفسه سبب حيازته أو الأصل الذي تقوم عليه** ".

وأنه يتضح لنا من خلال النص الآنف الذكر أن المستأجر مثلا والذي يستند في حيازته إلى سند الإيجار لا يتأتى له أن يحوز حق الملكية بمجرد أنه قد غير نيته، كون أن الثابت في السند هو الإيجار، وبالتالي فلا يمكن أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، إلا انه إذا نقل الحائز العرضي ملكية العين إلى الخلف الخاص بتصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة مثلا فإن هذا الخلف يصبح

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص25.

[2] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص525.

[3] عيوب الحيازة هي: الإكراه، الخفاء، الغموض، الانقطاع و سنأتي إلى تفصيل ذلك في العنصر الموالي و المتعلق بشروط الحيازة المكسبة بالتقادم.

[4] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص2.

حائزا أصليا لا عرضيا، ويمكن له أن يحمي حيازته بكافة دعاوى الحيازة المقررة قانونا، وتصلح حيازته لان تكون سببا مكسبا للملكية[1].

د3- تغيير صفة الحيازة العرضية:

سبق معرفة أن الحيازة العرضية تبقى على صفتها مهما طال أمد الحيازة، ولا تكسب صاحبها أي حق بالتقادم إلا أنه يمكن ذلك – أي كسب الحق- إذا تغيرت صفة هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية، حيث يبدأ سريان التقادم المكسب من التاريخ الذي يتم فيه هذا التحول.

ولقد جاء ذلك في نص المادة 02/831 ن القانون المدني الجزائري والتي تنص على: " ... **غير أنه يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة بحق المالك، ولكن في هذه الحالة لا تسري مدة التقادم إلا من تاريخ هذا التغير**".

ومنه نستنتج أن الحيازة تتغير إما بفعل الغير، وإما بفعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك، وسنتناول كلا النوعين على التوالي:

- **تغيير صفة الحيازة العرضية بفعل الغير:**

والمقصود بذلك هو فعل يصدر من غير المالك يحول الحائز العرضي إلى حائز أصلي، عادة ما يكون هذا الفعل أو التصرف ناقلا للملكية[2]، ومن ذلك الوقت يمكن للحائز حماية حيازته بكافة أنواع دعاوى الحيازة كما يمكن له كسب الحق بالتقادم[3] ومثال ذلك أن يشتري المستأجر العين المؤجرة من شخص يعتقد أنه المالك الحقيقي للعين، فهنا لا تنتقل إليه الملكية مباشرة، ولكن يصبح حائزا للعين حيازة تستند إلى سند وبحسن نية، ومن ثم أمكن له أن يكسبها بالتقادم المكسب القصير [4].

ويشترط أيضا أن تكون الحيازة الجديدة موافقة للسند الجديد، بمعنى أنه يجب أن يحدث تغيير في سلوك الحائز يتماشى والصفة الجديدة للحيازة، حيث من المثال السابق الذي ذكرناه لا بد أن يتوقف المستأجر عن دفع الأجرة[5].

- **تغيير صفة الحيازة العرضية بفعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك:**

والمقصود بذلك هو فعل يصدر من الحائز العرضي نفسه يعارض به حق المالك، حيث لا يكفي فقط إنكار الحائز العرضي لحق المالك بل لابد من القيام بفعل يعارض به حق المالك، ويدل

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص302.

[2] يجب أن يكون التصرف ناقلا للملكية كالبيع مثلا، لا كاشفا كالقسمة، أنظر في ذلك: رمضان أبو السعود: المرجع السابق الذكر، ص303.

[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص836.

[4] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص27.

[5] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص533.

بوضوح على أن صفة حيازة الحائز العرضي تغيرت من حيازة لحساب الغير إلى حيازة لحساب نفسه[(1)].

وقد يكون العمل الصادر من الحائز والذي يعارض به حق المالك نتاج نزاع قضائي، وقد يكون غير ذلك إذ يكفي ادعاء الحائز ملكية العين بموجب إنذار رسمي أو بإخطار شفوي، والمهم أن تكون الأعمال المادية التي يعارض بها الحائز المالك من الأهمية ما لا يترك للغير مجالا للشك في أن الحائز أصبح يحوز لنفسه فنتحول من حائز عرضي إلى حائز قانوني بلا سند[(2)].

ويعتبر السند القانوني لا ينتج أثره إلا من تاريخ حدوث الفعل المعارض، ولا تدخل الفترة التي كانت فيها الحيازة عرضية في حساب مدة التقادم ولا في المدة المتطلبة لرفع دعاوى الحيازة[(3)].

د3- إثبات الحيازة العرضية:

وهنا نتساءل على من يقع عبء إثبات الحيازة المتوافرة على عنصريها المادي والمعنوي، وبعبارة أخرى إذا تنازع شخصان أحدهما في حيازة عين يدعي فيها أنه المالك، وأن الآخر هو فقط حائز عرضي فعلى من يقع عبء الإثبات[1(4)].

- **افتراض أن الحائز يحوز لحساب نفسه:**

تنص المادة 810 من القانون المدني الجزائري على أنه :" **عند الشك نفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإذا كانت الحيازة استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها** " .

ومن هنا نخلص أن المشرع الجزائري يجعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية إلى أن يثبت العكس، فنفترض دائما في الحائز العرضي أنه يحوز لحساب نفسه بمجرد توافر العنصر المادي في الحيازة، أما الركن المعنوي فهو مفترض فيه إلى أن يثبت العكس[(5)] .

- **تغيير الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية لا يفترض:**

تنص المادة 826 من القانون المدني الجزائري على :" **تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك**"[(6)].

ويتضح لنا من هذه المادة أنه إذا ثبتت الحيازة العرضية فتحولها إلى حيازة قانونية لا يفترض، بل يقع على الحائز العرضي إثبات تغير صفة حيازته.

ثانيا: شروط الحيازة المكسبة بالتقادم

رأينا أن الحيازة لا تنشأ إلا إذا استوفت ركنيها المادي والمعنوي معا، فهذان الشرطان ضروريان لوجود الحيازة غير أن هذا لا يكفي لأن الحيازة صالحة لترتيب آثارها، حيث يشترط

---

(1) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص28.

(2) هذا بخلاف تحول الحيازة العرضية بفعل الغير، حيث يحصل الحائز العرضي على سند جديد بدل سند حيازته العرضية يصدر إليه من الغير، أنظر في ذلك: عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص331.

(3) Alex Weill : Op cit, P338.

(4) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص305.

(6) ورد في نص هذه المادة خطأ شكلي، إذ المفروض أن تأتي الصياغة" .. **محتفظا بالصفة**.."

فوق ذلك صلاحية الحيازة لكسب الحق بالتقادم أن تكون هذه الحيازة صحيحة خالية من العيوب التي حددها المشرع الجزائري في المادة 808 من القانون المدني الجزائري.

والعلة من استلزام خلو الحيازة من العيوب لكسب الحق المحاز بالتقادم يمكن في أن القانون يحمي الحيازة ويرتب عليها آثارا باعتبارها مظهرا للحق، فالوضع الظاهر يدل على أن الحائز هو صاحب الحق على الشيء، ولهذا وجب لقيام هذه القرينة أن يباشر الحيازة على نحو يتفق مع هذا الوضع الظاهر وغير مكذب لتلك القرينة بألا تكون قد بدأت أو استمرت في ظروف تهد احتمال صدقها[1].

بناء على ما تقدم تنص المادة 02/808 من القانون المدني الجزائري على:" **إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمره، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب** " .

وعليه حتى تكون الحيازة سببا للتملك يجب أن تكون خالية من العيوب التي قد تشوبها، والتي حددتها المادة 02/808 من القانون المدني الجزائري، والمتمثلة في عيب الخفاء، عيب الإكراه، عيب الغموض، ولقد أغفل المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري[2] عيب آخر وهو عيب الانقطاع.

وعلى هذا الأساس سنتناول تباعا هذه العيوب الأربعة التي قد تشوبالحيازة وتحول دون ترتيب آثارها وهي: الإكراه ، الخفاء، الغموض، عدم الاستمرار.

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 538.

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 841.

العيب الأول : عيب الإكراه " عدم الهدوء "

يشترط لصحة الحيازة أن تكون غير مشوبة بعيب الإكراه، بحيث يتمكن الحائز من الانتفاع بالعقار المحاز من غير عنف ولا قوة، وألا يقترن وضع اليد يوم بدئه بإكراه مادي أو معنوي من جانب الحائز [1].

وتكون الحيازة معيبة بعيب الإكراه أو عيب عدم الهدوء إذا حصل عليها الحائز بالقوة أو بالتهديد أو بالعنف، ويبقى محتفظا بها دون أن ينقطع عن استعمال القوة أو التهديد، وهنا لا تؤدى هذه الحيازة آثارها القانونية[2].

ويمكن أن يكون هذا الإكراه ممارسا على صاحب الحق أو ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته، كما يستوي أن يكون الحائز شخصا هو الذي يمارس هذا الإكراه أو أحد أعوانه[3]، ومهما كان نوع هذا الإكراه ماديا آو معنويا.

والإكراه المعتبر قانونا هو الذي يكون عند بدء الحيازة[4]، أما بعد ذلك فلا مجال للتحدث عن الإكراه، كون أن الحائز مخول له دفع أي اعتداء واقع على حيازته، وهذا يعتبر من قبيل الدفاع الشرعي ليس من قبيل الإكراه[5].

ونشير هنا إلى أنه هناك فرق بين الإكراه وهو العنف وبين التعرض، فالتعرض يكون صادرا من الغير بينما الإكراه عمل يصدر من الحائز نفسه وان حيازته تكون معيبة لأنه توصل إليها عن طريق العنف.

نخلص مما سبق ذكره أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداءا للحصول على الحيازة وأن يكون قد بقي مستعملا لاستبقائها دون أن ينقطع[6].

أما إذا انقطع الإكراه ومع ذلك يبقى الحائز بعد انقطاعه مستمرا في وضع يده في هدوء، فإنه من تاريخ زوال التهديد تعتبر الحيازة هادئة وصحيحة لترتب آثارها، وهذا استنادا إلى نص المادة 02/808 من القانون المدني الجزائري:" .. **فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو ... إلا من الوقت الذي تزول في هذه العيوب**".

و نشير كذلك إلى أن تقدير عيب الإكراه يعد من مسائل الواقع التي يختص قاضي الموضوع بتقديرها من دون الخضوع إلى رقابة المحكمة العليا.

العيب الثاني: عيب الخفاء " عدم العلانية "

---

(1) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص852.

(2) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، 34.

(3) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص 308.

(4) يذهب جانب من الفقه و على رأسهم الفقه الفرنسي إن يشترط توافر عنصر الهدوء خلال مدة الحيازة كاملة لا فقط عند بدئها، أنظر في ذلك: محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص35.

(5) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص540.

(6) عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص263.

سبق القول بأن الحيازة سيطرة مادية على الشيء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، ولهذا يجب أن تكون الحيازة ظاهرة وعلنية حتى تكون صالحة لكسب الحق بالتقادم، وإلا كانت معيبة بعيب الخفاء، فيجب على الحائز أن يباشر الأعمال المادية على العين على مرأى ومسمع من الكافة أو على الأقل على مرأى من صاحب الحق[1].

وعيب الخفاء نجده أساسا في حيازة المنقولات[2]، فهي التي يسهل إخفاؤها، أما بالنسبة للعقارات فمن الصعب تصور إخفاؤها إلا نادرا ومثالها مرور شخص في أرض جاره في أوقات غياب هذا الأخير، فهنا لا يكسبه مروره حق الارتفاق لكون الحيازة خفية.

ويستوي أن يكون الحائز قد تعمد إخفاء حيازته أوكان ذلك بحسن نية، ففي كلتا الحالتين تكون الحيازة معيبة، فالعبرة هنا تكون في عدم ظهور الحيازة لمن يحتج ضدهم بها، وهذا يتحقق سواء كانت الحيازة بحسن أو بسوء نية[3].

ويحب التفريق بين عيب الخفاء وبين الجهل بالحيازة، فإذا كان من له مصلحة بالحيازة يجهل بها على الرغم من أنها ظاهرة لغفلته مثلا أو لغيابه فلا يمكن له أن يحتج بخفائها، ولا تكون الحيازة معيبة بعيب الخفاء بالنسبة له[4]، ومثال ذلك أن يبني شخص ويزرع في حدود ملك جاره، فهذا العمل ظاهر، ولا يمكن للجار الآخر أن يحتج بخفائها لعدم علمه بها أو لغيبته أو لعدم تفطنه بها.

هذا ويلاحظ أخيرا بأن مسالة تقدير خفاء الحيازة شانها شأن مسألة عيب الإكراه هي من الأمور الواقعية التي يخضع تقديرها لقاضي الموضوع ولا رقابة عليها من المحكمة العليا .

العيب الثالث : الغموض " اللبس "

يرى بعض الشراح بأن الغموض هو الشك الذي يدور حول توافر عنصر الحيازة من عدمه، ويرى البعض الآخر أن عيب الغموض منبثق حول نية الحائز واضع اليد، فهو بذلك عيب خاص بالعنصر المعنوي للحيازة، إذ يمكن أن يتحقق العنصر المادي للحيازة بينما يبقى الشك في نية الحائز[5]، هل يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره.

وهذا العيب خلاف عيب الإكراه وعيب الخفاء، فهو يبحث عنه لدى الغير وليس له صلة بالحائز في حد ذاته، والمثال على ذلك إذا اشترى المستأجر العقارات بالتخصيص الموجودة في العين المؤجرة، فلا يستطيع التمسك بذلك أمام الدائن المرتهن طالما التبس على هذا الأخير قصد الحائز أهو شراء للعقارات بالتخصيص أم استأجرها فقط .

من ذلك يمكن القول بأن عيب الغموض متعلق فقط بالركن المعنوي للحيازة على خلاف العيوب الأخرى فهي منصبة على الركن المادي للحيازة، و ما يلاحظ في هذا المجال أن أغلب حالات الحيازة التي يشوبها عيب الغموض هي تلك المتعلقة بالحيازة الشائعة، ومثالها أن يضع أحد

---

(1) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص307.

(2) Pierre Voirin, Grille Goubeaux : Op cit, P 265.

(3) محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص245.

(4) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص524.

(5) محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص62.

الملاك المشاعين يده على العقار كله، فلا يعرف بذلك نية الحائز هل هي اتجهت إلى الاستئثار بحيازة العقار كله أم هي متجهة لان يحوز العقار لحسابه ولحساب باقي الشركاء[1].

ويذهب بعض الشراح إلى أن الحيازة الغامضة ينتفي فيها العنصر المعنوي للحيازة وهي بذلك تشبه الحيازة العرضية،[2] إلا أن هذا الرأي غير سليم لكون أن الحيازة الغامضة يمكن أن تصحح إذا زال الغموض الذي يراود صاحب الحق أو الغير ممن له مصلحة، وبالتالي تصبح حيازة صحيحة منتجة لآثارها في حين أن الحيازة العرضية لا يمكن أن تصحح بمجرد أن يغير الحائز العرضي نيته.

و يقال في الأخير أيضا أن عيب الغموض مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع من دون أن يخضع إلى رقابة المحكمة العليا[3].

العيب الرابع : عدم الاستمرار " التقطع "

كما سبق وأن أشرنا فإن المشرع الجزائري أغفل هذا العيب ولم يتضمنه نص المادة 808 من القانون المدني الجزائري بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على هذا العيب في المادة 2229 ق.م.ف والتي تنص على:

(pour être efficace la possession doit être continue ; possible et équivoque)

وتعني الحيازة المستمرة توالي واستمرار الأعمال المدية التي يباشرها الحائز على الشيء المحاز في فترات متقاربة ومنتظمة[4]، فإذا لم يتحقق ذلك وحدث تفاوت وانقطاع في أعمال السيطرة المادية، فإن الحيازة لا تعتبر بذلك مستمرة ولا تصلح لأن تحمى بدعاوى الحيازة ولا لأن تكون سببا للتملك بالتقادم[5].

والمثال على الانقطاع هو كأن يستولي شخص على عين ما ويحصل على الثمار منها، ثم يتخلى عنها بينما هي تتطلب زراعة مستمرة، فهنا لا يتوافر عنصر الاستمرار عند هذا الحائز ولا يعني عنصر الاستمرارية في أن الحائز لا يمكن له أن يرفع يده إطلاقا على العين التي يحوزها وإنما لا بد أن تكون هذه الاستمرارية متوافقة وطبيعة الحق، وموافقة لما يفعله عادة أصحاب الحقوق.

ويلاحظ أن الانتظام في استعمال الشيء أو الحق محل الحيازة الذي يحقق معنى الاستمرارية فيها يختلف باختلاف طبيعة الشيء المحاز، فهناك أشياء تقتضي طبيعتها استعمالها في فترات متقاربة، وبالتالي ونجب استعمالها على هذا النحو، وإلا اعتبرت الحيازة معيبة بالانقطاع، فمن يسكن سكنا لابد من أن يحوزه ولا ينقطع عنه إلا سفر أو لقضاء عطلة .

ويعد عيب عدم الاستمرار من المسائل الموضوعية التي قد تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، فلا رقابة للمحكمة العليا عليها.

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص309.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص30.

[3] Alex Weill : op cit, P : 341.

[4] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص842.

[5] رمضان أبو السعود: المرجع السابق الذكر، ص306.

يتضح من مجموع ما تقدم أنه يشترط لاكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب سواء الطويل أو القصير أو الخاص بالحقوق الميراثية أن توجد هناك حيازة قانونية صحيحة، هذه الحيازة يجب أن تكون مستوفية لعنصريها المنادي والمعنوي، بمعنى أن يباشر الحائز أعمال السيطرة المادية لحساب نفسه أي بنية الظهور بمظهر صاحب الحق، كما يجب أن تكون خالية من العيوب التي قد تشوبها، فلابد أن تكون هادئة، لا إكراه فيها وظاهرة لا خفية فيها واضحة لا لبس فيها ومستمرة لا انقطاع فيها .

لكن قيام الحيازة بكافة هذه العناصر السالف ذكرها لا يكفي وحده لاكتساب الملكية العقارية بالتقادم، حيث يشترط فوق ذلك استمرار هذه الحيازة لمدة معينة من الزمن، وهو ما يعبر عنه بشرط المدة ، وهذا ما سيأتي بيانه في العنصر الموالي.

الفرع الثاني: شرط المدة

كما سبق وان أشرنا فإن التقادم المكسب ثلاثة أنواع: تقادم مكسب طويل وتقادم مكسب قصير، وتقادم الحقوق الميراثية[1].

وكل أنواع التقادم المكسب تقتصي توافر شرطي الحيازة والمدة، فشرط الحيازة سبق وأن تناولناه بشيء من التفصيل في الفرع السابق، أما في هذا الفرع سنقف على شرط المدة، والمدة المتطلبة في كل أنواع التقادم هي من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها سواء بإطالتها أو بتقليصها[2]، حيث تنص المادة 322 من القانون المدني الجزائري على: " **لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ..كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون** " .

وسنتناول في هذا الفرع كيفية حساب مدة التقادم، ثم ما يرد على هذه المدة من وقف وانقطاع ، ثم سريان مدة التقادم من حيث الزمان.

أولا: كيفية حساب مدة التقادم

لما كان من المقرر قانونا سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب مدة التقادم طبقا لنص المادة 832 من القانون المدني الجزائري فإنه يتعين علينا الرجوع في هذا الشأن إلى المادة 314 منه والتي تنص على ما يلي:" **تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها** ".

فمن خلال نص المادة 314 السالفة الذكر يتضح لنا جليا أن حساب مدة التقادم المكسب تكون بالأيام وليس بالساعات، أي من يوم إلى اليوم الذي يليه، وذلك ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل الموالي، وذلك لتعذر حساب الأيام من خلال الساعات، ويتفرع من ذلك أن اليوم

---

[1] المشرع الجزائري كان يعرف نوعا آخر من التقادم مدته 17 سنة و الخاص بالأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة و ذلك بموجب قانون الثمرة الزراعية 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 و الملغى بموجب القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 و المتضمن التوجيه العقاري، أنظر الجريدة الرسمية: عدد 97، سنة 1971، و الجريدة الرسمية: العدد25، سنة 1990.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص90.

الأول الذي تبدأ فيه الحيازة لا يدخل في الحساب، لأنه يكون في الغالب يوما منقوصا، ولو أدخلناه في الحساب لقلنا إن الحساب يكون بالساعات[1].

فإذا كانت مدة التقادم 15 سنة مثلا، وبدأت الحيازة في يوم 1981/12/31 فإنها تنتهي بانتهاء يوم 1996/12/31 مادام أن المدة لا تكتمل إلا باكتمال آخر يوم منها، وبالتالي فإذا حصل قطع في هذا اليوم بالتقادم فإنه يصح.

ثم أن أيام العطل والمواسم والأعياد الرسمية والتي يتعذر فيها اتخاذ أي إجراء لقطع التقادم تدخل في حساب المدة، أما إذا كان اليوم الأخير واحد من هذه الأيام فيعد ذلك من قبيل القوة القاهرة أو المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه، فهنا يوقف التقادم[2]، وبالتالي لا يكتمل التقادم إلا بمرور أول يوم عمل يلي هذه العطلة من دون أن يتخذ المالك أو صاحب الحق العيني أي إجراء يقطع به التقادم.

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التقادم ينتهي بانتهاء آخر يوم من المدة ولو كان مصادفا ليوم عطلة أو عيد على أساس أن مدة التقادم هي طويلة في حد ذاتها ولا مجال لإطالتها أكثر[3].

ويكون حساب مدة التقادم وفقا للتقويم الميلادي وليس التقويم الهجري وهذا طبقا لنص المادة 3 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على: " **تحسب الآجال بالتقويم الميلادي مالم ينص القانون على خلاف ذلك** ".

وهنا الأمر يختلف لأن التقويم الميلادي يختلف عن التقويم الهجري، فالسنة الهجرية تقل عن السنة الميلادية بـــ: أحد عشر(11) يوما، ولذلك فإن مدة التقادم الطويل مثلا تزيد ب11×15=165 يوما.

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص581.
[2] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص334.
[3] محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص78.

وسريان الحيازة يبدأ من ذلك اليوم التالي الذي بدأت فيه الحيازة، وذلك كون أنه ابتداء من ذلك اليوم يخول للمالك أو صاحب الحق العيني حماية حقه برفع دعوى الاستحقاق[1]، حيث تنص المادة 32 من القانون المدني الجزائري والخاصة بالتقادم المسقط على أنه:" **لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء .**

1-افتراض عدم انقطاع مدة الحيازة:

تنص المادة 830 من القانون المدني الجزائري على:" **إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين ، وكانت قائمة في الحال، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة بين الزمنين ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك** ".

فكما سبق وان أشرنا فغنه تشترط لصلاحية الحيازة لكسب الحق بالتقادم أن تكون مستمرة وغير متقطعة كون أن الانقطاع ليس فقط عيب يشوبها وإنما يعني تخلف الركن المادي للحيازة، فلا تعتبر الحيازة قائمة[2].

ولقد أقام المشرع الجزائري بنص المادة830 من القانون المدني الجزائري قرينة لصالح الحائز، وذلك ليخفف عنه عبء الإثبات، إذ يكفيه أن يثبت أنه حائز في الوقت الحالي، وأنه قد حاز في وقت مضى فبفضل هذه القرينة يفترض بالنسبة إليه أن حيازته قد ظلت قائمة بين هذين الوقتين، وعلى الخصم مدعي العكس أن ينقض ذلك بالدليل العكسي[3]، وله أن يستعمل أي طريق لإثبات أن الحيازة لم تستمر طوال المدة اللازمة للكسب بالتقادم أو أنها انتزعت من الحائز أو تخلى عنها.

وبناء على ما تقدم، وحتى تقوم القرينة القانونية السالفة الذكر لابد من تحقق أمرين إثنين:

الأمر الأول: يجب على الحائز أن يثبت أنه يجوز في الوقت الحاضر الحق حيازة قانونية صحيحة مستوفية لعنصريها المادي والمعنوي وخالية من أي عيب قد يشوبها وله في ذلك أن يستعمل كافة طرق الإثبات، باعتبار أن الحيازة واقعة مادية.

الأمر الثاني: يجب على الحائز أن يثبت أنه يحوز في وقت سابق أي قبل 15 سنة أو 10 سنوات أو 33 سنة حسب الحال كان قد حاز بنفسه أو بواسطة سلفه العين حيازة قانونية صحيحة مستوفية لعنصريها المادي والمعنوي وخالية من أي عيب قد يشوبها، وله في ذلك أن يستعمل كافة طرق الإثبات.

وإثبات قيام الحيازة في وقت معين وقيامها في الوقت الحالي تعد من وسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

---

(1) Marcel Planiol et Georges Ripert, Op. cit, P: 684, 685.

(2) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص582.

(3) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص91.

2- ضم مدد الحيازة:

يستطيع الخلف العام أو الخلف الخاص أن يضم مدة حيازة سلفه لأجل استكمال مدة التقادم وبذلك تكون حيازة الخلف استكمالا لحيازة السلف، ومنه يجوز ضمها وجمع المدد، فيخلف ويعقب الوارث المورث ويخلف ويعقب المشتري البائع[1].

وبيان ذلك كما يلي:

أولا: فيما يخص الخلف العام فالوارث يستطيع أن يضم مدة حيازته لمدة حيازة مورثه، فإذا كان المورث سيئ النية، وانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث، ولو كان حسن النية فإنه يضم حيازة سلفه ويكسب الحق بالتقادم المكسب الطويل، وإذا كان للمورث سبب صحيح وكان حسن النية، وانتقلت الحيازة إلى الوارث مقترنة بالسبب الصحيح وبحسن النية، فإنه للوارث أن يضم حيازة سلفه واستكمال مدة التقادم المكسب القصير (10 سنوات)، ويكسب الحق بالتقادم[2].

ثانيا: فيما يخص الخلف الخاص، فللحائز أن يضم حيازة سلفه إلى حيازته أو أن يفصل بين الحيازتين أويتمسك بأحدهما دون الأخرى، فإذا كان السلف سيئ النية وبقي الحائز للعين مدة 7 سنوات مثلا ثم باع العين إلى مشتري هو أيضا سيئ النية، فللمشتري أن يتملك العين بالتقادم المكسب الطويل إذا استكمل مدة 8 سنوات أخرى لتمام مدة 15 سنة كاملة.

وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح وبقي حائز للعقار مدة 6 سنوات ثم باعه لمشتر حسن النية، فهنا المشتري يكمل مدة 4 سنوات لتمام الــ 10 سنوات اللازمة لكسب الحق بالتقادم المكسب القصير.

ثانيا: وقف مدة التقادم

يقصد بوقف التقادم عدم حساب المدة التي تقوم خلالها عذر من الأعذار القانونية آو الموضوعية التي تمنع صاحب الحق من القيام بالأعمال التي يترتب عليها قطع التقادم الساري ضده على أن يستأنف التقادم سيره بعد زوال ذلك العذر فتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة[3].

ومن هنا يختلف وقف التقادم عن انقطاعه إذ أن الانقطاع يؤدي إلى سقوط المدة الفائتة وعدم احتسابها وبالتالي يبدأ تقادم جديد.

ولقد نص المشرع الجزائري على وقف التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعي لدى المالك وذلك بمقتضى المادة 01/316 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على:" **لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعي يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب**".

وتنص أيضا المادة 833 من القانون المدني الجزائري على:" **يوقف التقادم المكسب أيا كانت مدته إذا وجد سبب لوقفه** ".

وسنتعرض إلى أسباب وقف التقادم ثم إلى آثار هذا التوقف.

1- أسباب وقف التقادم:

---

[1] قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص259.

[2] المرجع نفسه، ص261.

[3] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص594.

يمكن تقسيم أسباب وقف التقادم إلى نوعين: أسباب راجعة إلى ظروف خارجية "أسباب عامة " ، وأسباب راجعة إلى الشخص ذاته " أسباب خاصة ".

أ – الأسباب العامة لوقف التقادم:

هذه الأسباب لم يحددها المشرع الجزائري لأنه يطبق في ذلك القاعدة العامة التي تنص على أن التقادم يوقف كلما وجد هناك مانع مبرر شرعا[1]، و هذا على غرار ما ذهب إليه المشرع المصري وكل هذا مقتبس من القواعد العامة التي عرفها القانون الفرنسي القديم والتي لا يزال العمل بها.

والعوامل التي ترجع إلى ظروف خارجية قد تكون حربا مثلا أو نشوب فتنة أو منع المحاكم من مباشرة أعمالها، ولقد اعتبر القضاء الجزائري حرب التحرير سببا لوقف التقادم[2]، ويمكن أن تسمى الموانع المادية، وقد يكون وقف التقادم راجع لموانع أدبية تمنع المالك مكن المطالبة بحقه ومثالها العلاقة بين الزوجين، والقصد الأساسي من وقف التقادم في هذه الحالة هو الحفاظ على العلاقة الزوجية وإبعادها عما يكر صفوها[3] إذا ما لجأ أحدهم لمقاضاة الآخر.

وقد يكون المانع الذي يحدث سببه وقف التقادم مانعا قانونيا، ومثال ذلك اتحاد الذمة، فإذا حصل وأن أصبح الحائز مالكا بعد حيازته ثم زال ملكه لسبب ما فإن المدة بين الفترتين– مدة اتحاد الذمة – لا تدخل في حساب التقادم، ولقد جاء في أحكام محكمة النقض الفرنسية اعتبار الجهل بالاعتداء الوارد على الحق من الأسباب الموقفة للتقادم مادام أن الجهل غير راجع لإهمال أو تقصير من صاحب الحق، حيث قد يعذر جهل المالك بالاعتداء الحاصل على ملكه إذا كان مريضا مثلا، فهنا لا تحسب مدة التقادم إلا من تاريخ علم صاحب الحق بوقوع الاعتداء على ملكه.

يمكن أن يكون كذلك سبب وقف التقادم اتفاقيا بين الحائز والمالك ومثاله أن يتفقا على إحالة نزاعهما إلى محكمين، ويتفقا على أن المدة التي تستغرقها إجراء التحكيم لا يدخل في حساب مدة التقادم الذي يتوقف.

ب– الأسباب الخاصة لوقف التقادم:

الأسباب الخاصة لوقف التقادم هي حملة الأسباب التي تتعلق بحالة الشخص وأهليته، فقد نصت المادة 316 من القانون المدني الجزائري على:" **لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعي يمنع الدائن من المطالبة بحقه ، كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب ، ولا يسري**

---

(1) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص94.

(2) المرجع نفسه، ص94.

(3) محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص533.

– عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص599

– محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص94.

التقادم الذي تنقضي[1] مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبة جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني ، ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته عن 5 سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ولو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم ".

بناء على ذلك، فإنه إذا لم يكن للقاصر وهو الذي لم يبلغ سن 19 سنة كاملة والمحجور عليهم أو المحكوم عليهم بعقوبة جنائية نائب يمثلهم قانونا، فإن التقادم لا يسري ويتوقف ضدهم إذا لم يمكنهم بهذه الحالة المطالبة بحقوقهم، أما إذا كان لهم نائب قانوني يمثلهم فإن التقادم لا يتوقف عن السريان لأنه يمكن لهذا النائب أن يقطع التقادم عن طريق المطالبة بحق من هو نائب عنه وإلا كان مسؤولا قبله[2]، فوجود هذا النائب ينتفي معه المانع الذي يوقف التقادم ونص المادة المذكورة أعلاه جاءت لتفرق بين مدة التقادم التي هي أقل من 5 سنوات، ومدة التقدم التي هي أكثر من 5 سنوات، كون أن المدة خاصة بالتقادم المسقط، إلا أنه بخصوص التقادم المكسب فإنه يستوي الأمر سواء أكان التقادم مكسبا طويلا 15 سنة أو تقادما مكسبا قصيرا 10 سنوات أو تقادما للحقوق الميراثية 33 سنة، وذلك وفقا لنص المادة 833 من القانون المدني الجزائري.

ويعتبر من بين الأسباب الخاصة لوقف التقادم الغيبة الاضطرارية كالسجن أو الأسر، فلا يسري بذلك التقادم في مواجهتهم إلى أن تهيأ لهم العودة أو الحرية ومباشرة أعمالهم، إلا إذا كان لهم ممثل قانوني يمثلهم.

كما لا يسري التقادم بين الأصيل والنائب[1]، فوجود مثل هذه العلاقة القانونية بين الطرفين تعتبر مبرر شرعي يحول دون مطالبة أحدهما الآخر، فيوقف التقادم المكسب عن السريان طالما مازالت العلاقة قائمة ليعود إلى السريان من جديد بعد انتهاء هذه العلاقة[2].

2- آثار وقف التقادم:

في حالة وقف التقادم فإن المدة التي لم يسر فيها التقادم لا تحسب ضمن مدته، فإذا توقفت سريان التقادم، ويستوي في ذلك أن يكون سبب الوقف منذ البداية فيؤخر بدأ سريان التقادم إلى حين زوال هذا السبب أو يقوم أثناء سريانه أو يقوم خلال الفترة الأخيرة من المدة اللازمة لاكتمال التقادم[3].

فإذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير، وظل كذلك طيلة خمس سنوات، ثم مات المالك وترك وارثا قاصرا ليس له من يمثله، ولم يبلغ سن الرشد إلا بعد أربع سنوات، فإن التقادم

---

[1] الأصح هو استعمال كلمة ينقص، بدلا من كلمة تنقضي، و النص الفرنسي جاء صحيحا في ذلك، إذ جاء فيه: « moins de cinq ans »

[2] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، 602.

[1] يجب على القاضي مراعاة هذه المسألة بدقة عند الحكم بوقف التقادم، و من ثم فليست مجرد أي علاقة بين النائب و الأصيل تقضي إلى وقف التقادم، و منه لا بد من قيام المانع فعلا، أنظر في ذلك: محمد أحمد عابدين: المرجع السابق، ص85.

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 1037.

- عمار روابينية: المقال السابق، ص109.

[3] عبد المنعم فرج الصدة :المرجع السابق، ص605.

يوقف سريانه طوال مدة نقص الأهلية – الأربع سنوات – على أن تحسب ضمن مدة التقادم المكسب المدة التي سبقت الوقف وهي خمس سنوات فيبقى الوارث من وقت بلوغه سن الرشد مدة عشر سنوات لقطع التقادم إن كان طويلا، وخمس سنوات إن كان قصيرا[4]، فإن لم يقطع الوارث التقادم خلال هذه المدة كان للحائز تملك العقار بالتقادم المكسب بعد مرور تسعة عشر سنة، أو أربعة عشر من بدأ الحيازة تحسب ضمنها الأربع سنوات التي انقطع فيها.

وأسباب وقف التقادم نسبية فهي مقررة فقط للشخص الذي وقف التقادم لمصلحته، ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الحق الذي ترد عليه الحيازة غير قابل للتجزئة[5] كحق الارتفاق إذ يقف التقادم بصفة مطلقة في حق جميع الشركاء[6]، ومثال ذلك إذا كان العقار المرتفق به مملوكا على الشيوع، وكان أحد الشركاء قاصرا ليس له من يمثله، فإن التقادم يقف في حقه وفي حق بقية كل الشركاء، وذلك ماجاء في نص المادة 02/827 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: انقطاع التقادم

بعد أن تكلمنا عن العقبة الأولى التي تحل بالتقادم وهو الوقف، وتناولنا أسبابه وآثاره، نأتي الآن لتناول العقبة الثانية والتي هي عقبة الانقطاع.

---

[4] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق الذكر، ص1039.

[5] نقصد بحق الارتفاق أنه غير قابل للتجزئة أنه مقرر لفائدة العقار كله فهو ينقل العقار المرتفق به كله، أنظر ذلك : نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 1995، ص309.

[6] محمدي فريدة زواوي : المرجع السابق، ص96.

وانقطاع التقادم يعني سقوط مدته نهائيا بسبب معين مذكور في القانون مما يجعل بدأ تقادم آخر جديد لا تحسب فيه المدة التي سبقت الانقطاع، وهذا هو الذي يميز الوقف عن الانقطاع[1].

فلقد سبق وأن قلنا بأن التقادم المكسب بنوعيه لا يقوم إلا بقيام شرطين أساسيين هما حيازة الحق حيازة قانونية وصحيحة، واستمرارية الحيازة لفترة من الزمن حددها القانون يسكت فيها صاحب الحق عن المطالبة بحقه، وبهذا فإن التقادم لا ينقطع إلا بهدم أحد الشرطين السابقين، فالتقادم ينقطع إما بزوال الحيازة وهذا ما يسمى الانقطاع الطبيعي، وإما بمطالبة صاحب الحق بحقه وهذا ما يعرف بالانقطاع المدني، وسنتناول أسباب انقطاع التقادم ثم الآثار المترتبة عن هذا الإقطاع.

1- أسباب انقطاع التقادم:

كما قضت به المادة 832 من القانون المدني الجزائري فإنه تطبق قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بقطع التقادم ما لم تتعارض، حيث تنص المادة 317 من القانون المدني الجزائري على:" **ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ،وبالتنبيه وبالحجز ..أو أي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعته لإثبات حقه** ".

وتنص المادة 318 من القانون المدني الجزائري على: " **ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا** ".

وتنص المادة 834 من القانون المدني الجزائري على:" **ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها ولو بفعل الغير ، غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى استردادها في هذا الميعاد** " .

يتضح من جل هذه النصوص أن التقدم المكسب يعرف نوعين من الانقطاع: الانقطاع الطبيعي والانقطاع المدني[2]، هذا ما سنبينه تباعا.

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص96.
[2] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص282.

أ –الانقطاع الطبيعي:

إستنادا لنص المادة 834 من القانون المدني الجزائري فإن الانقطاع الطبيعي يتعلق فقط بالتقادم المكسب كون أنه متعلق بالحيازة ولا أثر للحيازة في مجال التقادم المسقط، ويتحقق الإنقطاع الطبيعي بزوال الحيازة والتي تكون برفع اليد ويحصل ذلك باختيار من الحائز نفسه أو قهرا عنه[1].

و وفقا لما جاء بنص المادة 815 من القانون المدني الجزائري فإنه تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية على الحق فبهذا تزول الحيازة وينقطع التقادم[2]. فهنا لابد أن يفقد الحائز عنصري الحيازة– السيطرة المادية والعنصر المعنوي– فإذا تخلى الحائز عن مباشرة الأفعال المادية دون تخليه عن قصد التملك فإن ذلك لا يقطع الحيازة طالما يكون بإمكان الحائز العودة ومباشرة الأعمال المادية مجددا، كما يتحقق التخلي عن الحيازة كما لو تصرف الحائز في العين التي يحوزها وسلمها إلى المتصرف له.

و قد تزول الحيازة قهرا عن الحائز أي بدون اختياره، وفي هذه الحالة نفرق بين العقار والمنقول:

– فإذا كانت الحيازة واردة على منقول، فإن الحائز يفقد الحيازة إذا استولى عليها الغير وانتزعت من يده، وهنا ينقطع التقادم نهائيا[3].

– وإذا كانت الحيازة على عقار فإن الحائز يفقدها إذا كانت هناك حيازة موازية معارضة لحيازة الحائز.

وقد يكون فقدان الحائز لحيازته راجع لقهر ومنع وارد من مالك العقار، وقد يكون واردا من الغير أيضا، وهنا يفقد الحائز العنصر المادي للحيازة، والذي ينتقل إلى المغتصب، ويشترط أن يستمر هذا الانتزاع سنة كاملة من وقت بدء الحيازة الجديدة من غير أن يرفع الحائز دعوى لاستردادها[4]، و ذلك طبقا لأحكام نص المادة 816 من القانون المدني الجزائري، وبالنتيجة ينقطع التقادم إذا لم يبادر الحائز إلى استرداد حيازته خلال سنة من تاريخ نزعها منه، أما إذا استردها خلال هذا الميعاد أو رفع دعوى استرداد الحيازة خلالها فإن التقادم لا ينقطع ولو صدر الحكم في الدعوى بعد انقضاء هذا الميعاد طبقا لنص المادة 02/834 من القانون المدني الجزائري.

ب– الانقطاع المدني:

---

(1) محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص228.

(2) عدلي أمير خالد: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص173.

(3) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص210.

(4) محمد على الأمين: المرجع السابق، ص433.

استنادا لنص المادة 317 من القانون المدني الجزائري فإن الانقطاع المدني للتقادم المكسب هو الذي يكون سببه أعمال قانونية صادرة من شخص صاحب الحق أو ممن يسري التقادم لمصلحته[1]، وبهذا ينقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية وبالتنبيه كما ينقطع بالإقرار الصادر من الحائز نفسه.

-ب1- انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية:

ينقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية أي بالتكليف بالحضور أمام القضاء، ولعل ذلك راجع لدواعي واعتبارات تقتضيها العدالة، لأن الدعوى قد تطول وتأخذ أشواطا طويلة لكي يفصل فيها، وليس من العدالة أن يبقى التقادم ساريا أثناء هذه الفترة لأن الأحكام المقررة تسري بأثر رجعي[2]، فالتقادم ينقطع إذن إذا طالب صاحب الحق الحائز بحقه أمام القضاء رافعا ضده دعوى متمسكا بحقه ومنازعا الحائز فيما يدعيه، فهذا يجعل المالك يظهر بنية صاحب الحق في التمسك بحقه قبل أن يكسبه الغير بالتقادم، ويشترط في المطالبة القضائية التي تكون عقبة تقطع التقادم أن تكون صادرة من المالك أو من نائبه، وأن ترفع ضد الحائز للمطالبة بالحق الذي يحوزه[3]، ويستوي أن تكون هذه المطالبة عن طريق دعوى أصلية أو عن طريق طلب عارض يتقدم به صاحب الحق أثناء سير الدعوى الأصلية، أو عن طريق اختصام الغير الخارج عن الخصومة أو بالتدخل في الخصام[4]، إذ تنص المادة 317 من القانون المدني الجزائري عن انقطاع التقادم بأي عمل يقوم به الدائن – صاحب الحق – أثناء المرافعة لإثبات حقه، وينقطع التقادم ولو تمت المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لأن قواعد الاختصاص القضائي قد تكون معقدة وعلى المدعي تبنيها بسهولة عبر المطالبة القضائية التي تتم أما قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ إجراء وقتي لا يمس بأصل الحق لا يقطع التقادم لأنها لا تنطوي على المطالبة بالحق[5]، إلا أنه إذا كانت الدعوى المرفوعة أمام قاضي الأمور المستعجلة للمطالبة بأصل الحق لا تقطع التقادم لأن هذه المطالبة تأخذ حكم إقامة الدعوى أمم جهة غير مختصة، وهذا ما ذهبت إليه المادة 317 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] محمد على الأمين: المرجع السابق، ص437.
[2] محمدي فريدة زواوي : المرجع السابق ،ص98.
[3] عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق،ص1043.
[4] عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص211.
[5] محمد علي الأمين: المرجع السابق الذكر، ص442.

لكي ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية يجب أن تنتهي الدعوى التي أقامها صاحب الحق بحكم لصالحه، أما إذا سقطت الدعوى أو رفضت فلا ينقطع التقادم، إذ يذهب المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 2247 من القانون المدني إلى اعتبار الانقطاع كأن لم يكن إذا كانت الدعوى باطلة لعيب في الشكل أو إذا تخلى المدعي عن دعواه أو ترك الدعوى تسقط لعدم السير فيها أو الحكم برفضها[1].

- **ب2- انقطاع التقادم المكسب بالتنبيه:**

المراد بالتنبيه القاطع للتقادم المكسب هو ذلك الإجراء المنصوص عليه بالمادة 330 من قانون الإجراءات المدنية، فإذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي من ورقة رسمية أو حكم قضائي، فلا داعي لأن يرفع دعوى قضائية ضد الحائز وإنما يسارع إلى التنفيذ مباشرة إنما ألزم المشرع الجزائري في المادة 330 من القانون المدني الجزائري بأن يبلغ القائم بالتنفيذ المحكوم عليه بالحكم المطلوب تنفيذه ويكلفه بالسداد في مهلة 20 يوما ، ومن مشتملات السند التنفيذي التنبيه[2].

فإذا حصل مالك العقار على حكم ضد الحائز بالاستحقاق ينقطع التقادم الساري ضده، ويبدأ تقادم جديد في السريان لو بقي العقار في حيازة الحائز من وقت صدور هذا الحكم وخلال سريان هذا التقادم الجديد، إذا قام المالك بإعلان الحكم الحائز تمهيدا للتنفيذ الجبري[3]، طبقا للمادة 330 من قانون الإجراءات المدنية متضمنا هذا الإعلان تنبيها له بتسليم العقار فإن هذا التنبيه يؤدي إلى قطع سريان التقادم الجديد.

ويرى بعض الشراح أن التنبيه خاص فقط بالتقادم المسقط[4]، والذي هو في الأصل موجه من الدائن للمدين الشيء الذي لا يمكن تصوره في التقادم المكسب، غير أن فئة أخرى من الشراح ترى إمكانية قطع التنبيه للتقادم المكسب كما لو حصل المالك على حكم ضد واضع اليد على عقاره يقضي على واضع اليد فيه بترك العقار، فيوجه إليه تنبيه بناءا على حكم لإخلاء العقار قبل أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري، فإن هذا الإنذار يقطع سريان التقادم، ويشترط لأن يكون التنبيه قاطعا للتقادم المكسب أن يكون صحيحا وأن يكون بناءا على سند رسمي بيد المالك ضد الحائز.

-ب3 – انقطاع التقادم المكسب بإقرار الحائز:

إن الانقطاع المدني قد ينتج عن إقرار الحائز، فقد نصت المادة 318 من القانون المدني الجزائري على: " **ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا ، ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء دينه** " .

ولقد عرفت المادة 341 قانون مدني جزائري الإقرار كما يلي: " **الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة** ".

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1049.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص100.

[3] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص468.

[4] بعض شراح القانون و على رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري لم يتناولوا التنبيه كسبب لانقطاع التقادم المكسب.

والإقرار هو اعتراف الحائز بأن العقار الذي يضع يده عليه هو ملك لصاحبه المالك الحقيقي اعترافا ينطوي على النزول على المدة التي مضت من التقادم فهو شانه شأن الاعتراف الصادر عن الخصم أمام القضاء والذي يقر فيه بواقعة قانونية أثناء سير الدعو، فالإقرار إذن تصرف قانوني بإرادة منفردة لا يحتاج لقبول المالك، ولا يمكن الرجوع فيه[1]، وهو ليس نزولا عن الحق بل يعتبر نزولا عما انقضى من مدة فقط، ذلك لأن الحائز لم يكسب هذا الحق بعد ليعتبر تنازلا عنه، والإقرار يتم بالإرادة المنفردة أي إرادة الحائز وحده.

وطبقا لنص المادة 318 قانون مدني جزائري فإنه لا يشترط في الإقرار شكل معين، فقد يكون صريحا من دون أن يشترط فيه شكل خاص فقد يكون مكتوبا أو غير مكتوب كما يمكن أن يكون ضمنيا[2]، والإقرار الضمني يكون بكل عمل يكشف بطريقة غير مباشرة عن نية الحائز في الاعتراف بحق المالك في ملكيته للعقار الذي يحوزه، كما لو قام بتسلم ثماره إليه أو طالبه بترميمه، ولقد حكم المجلس الأعلى بالجزائر– المحكمة العليا حاليا – بأنه مخول للقاضي أن يعتبر الوقائع التي لم ينفها الخصم ثابتة في حقه، ولكن على القضاة أي لا يتوسعوا في تفسيرهم لهذه القاعدة أي حد الذي يجعلهم يخرجون عن الموضوع الذي تتعلق به الدعوى في الأصل، وإثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني، وبقع عبء إثباته على صاحب الحق الذي يدعي انقطاع التقادم به[3].

ج– آثار انقطاع التقادم:

سنتناول في هذا المجال أثار انقطاع التقادم بالنسبة للحقوق ثم أثاره بالنسبة للأشخاص.

ج1 – آثار انقطاع التقادم بالنسبة للحقوق:

تنص المادة 01/319 من القانون المدني الجزائري على: " **إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ن وتكون مدته هبي مدة التقادم الأول** ".

فإذا انقطع التقادم سقطت المدة السابقة عن الانقطاع، حيث أنه إذا حاز الحائز العين مرة أخرى بعد الانقطاع عدت هذه الحيازة جديدة، ويبدأ سريان تقادم جديد لا يدخل في حسابه المدة

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص346.

[2] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص478.

[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1053.

السابقة[1]، فإن كان سبب الانقطاع هو زوال الحيازة فيبدأ سريان تقادم جديد من الوقت الذي يعاود فيه الحائز وضع اليد من جديد، وإن كان سبب الانقطاع راجعا إلى المطالبة القضائية فإنه يبقى التقادم منقطعا طالما بقيت الدعوى قائمة.

وإن كانت الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة فيبدأ سريان التقادم الجديد من وقت صدور الحكم بعد الاختصاص، وإن كان التنبيه هو سبب قطع التقادم فإن حساب التقادم الجديد يبدأ من يوم إشعار المالك بذلك[2]، وبالنسبة لمدة التقادم الجديد فهي نفسها مدة التقادم المقطوع، وذلك مهما كان سبب الانقطاع طبيعيا آو الانقطاع المدني.

و لقد أثير نقاش جاء بخصوص انقطاع التقادم بسب إقرار الحائز، فهل يبدأ الحائز بعد الإقرار تقادما جديدا تكون مدته نفس مدة التقادم السابق ؟

يرى بعض الفقهاء أن الحائز الذي يقر بحق المالك إذا حاز الشيء من جديد تكون حيازته سوء نية فيسري قبله التقادم الطويل حتى ولو كان قبل ذلك يحوز على أساس تقادم قصير[3].

وهناك رأي آخر من الفقه يرى بأن التقادم الجديد هو نفس التقادم الذي كان ساريا قبل الانقطاع، فإذا كان الحائز حسن النية قبل قطع التقادم، فإنه بعد حيازته من جديد بعد الانقطاع يكون حائز بحسن النية عند تلقي الحق أول مرة[4].

ج2 – آثار الانقطاع بالنسبة للأشخاص:

في هذا المجال لابد من التفرقة بين أثر الانقطاع المدني و الإنقطاع الطبيعي، فبالنسبة للانقطاع الطبيعي الذي يعتبر ناتجا عن واقعة مادية تترتب عليها زوال الحيازة بالنسبة للكافة ومن ثم يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك، أي أن أثره يمتد إلى أي شخص فهو يتعدى أثره المالك ويستفيد منه الجميع[5].

أما بالنسبة للانقطاع المدني فهو عمل قانوني يصدر من صاحب الحق أومن الحائز ويكون أثره نسبي لا ينتج إلا فقط بالنسبة لمن صدر منه هذا العمل القانوني القاطع للتقادم، ويرد على نسبية الانقطاع المدني استثناءان:

- إذا كان الحق الوارد عليه الحيازة غير قابلة للتجزئة كحق الارتفاق، فإذا كان العقار المرتفق به ملك على الشيوع بمجموعة من الشركاء، فإن العمل القاطع للتقادم الموجه ضد أحدهم يستفيد منه الآخرون.
- إذا كان الحق الوارد عليه الحيازة يتضمن حقا آخر أو يتضمنه هو حق آخر، فالعمل القاطع للتقادم الموجه من مالك الرقبة يستفيد منه صاحب حق الإنتفاع، و العمل القاطع للتقادم الموجه ضد صاحب حق الإنتفاع ضد الحائز يستفيد منه مالك الرقبة.

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص625.

(2) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص102.

(3) رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص348، 349.

(4) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق الذكر، ص626.

(5) محمد أحمد عابدين: المرجع السابق، ص140.

رابعا : سريان مدة التقادم من حيث الزمان:

كما هو معلوم عندنا من حيث المبدأ، فإنه إذا ألغي قانون حل محله قانون آخر، فإن القانون الجديد يسري ابتداء من يوم نفاذه، ويبقى سريان القانون القديم ابتداء من يوم إلغائه، وبذلك يتحدد نطاق زمني لسريان كل من القانونين، وهكذا تكون القاعدة العامة أن لا رجعية للقوانين الجديدة، فلا تؤثر الحقوق المكتسبة في ظل القوانين القديمة[1] .

إلا أنه لا يمكن أن تأخذ هذه القاعدة على إطلاقها لأنه ترد عليها استثناءات تحد منها، ولعل مبدأ القانون الأصلح للمتهم في القانون الجنائي أكبر استثناء يمكن أن يحد من هذه القاعدة، إلا أن ما يهمنا هنا هو مدى الأخذ بهذه القاعدة بخصوص سريان مدة التقادم ؟

تنص المادة 02 من القانون المدني الجزائري على: " **لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي ....**" .

فبموجب نص هذه المادة فإن الأصل أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل من تاريخ صدوره، ولا يكون له أثر رجعي، وفي هذا الاتجاه نصت المادة 07 من القانون المدني الجزائري على :" **تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا غير أن النصوص القديمة هيب التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.**

إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر[2] مما قرره النص القديم ، تسري المدة الجديدة ن وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك ، أما إذا كان الباقي من المدة التي مضت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي " .

إن الإشكال الذي يواجهنا ونحن بصدد إسقاط نص هذه المادة على التقادم المكسب هو بخصوص حساب المدة، لأن المسائل الأخرى المتعلقة ببدء التقادم وانتهائه ووقفه وانقطاعه لا تثير أي إشكال لأنها نفسها سواء في القانون القديم أو القانون الجديد، لكن وجه الاختلاف يكمن ويظهر في حساب المدة من حث بدء الحيازة، بحيث ما هو القانون الواجب التطبيق على الحيازة التي

---

[1] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص352.

[2] بموجب القانون المدني القديم كانت مدة التقادم الطويل هي 30 سنة، و مدة التقادم القصير هي 20 سنة. إلا أنه بموجب القانون المدني الجديد الصادر سنة 1975 فإن مدة التقادم أصبحت 15 سنة في التقادم الطويل و 10 سنوات في التقادم القصير.

بدأت في ظل القانون القديم ولم تكتمل مدتها بعد وجاء القانون الجديد[1]، لأن المادة 07 من القانون المدني تقرر سريان القانون القديم على بدء الحيازة فقط ولم تبين ما هي المدة التي تطبق عند اكتمال التقادم.

أولا: بالنسبة للتقادم الذي تكتمل مدته قبل نفاذ القانون الجديد، فإنه يرتب آثاره القانونية في ظل هذا القانون.

ثانيا: بالنسبة للتقادم الذي لم تكتمل مدته وأدركه القانون الجديد يحسم النزاع وفقا لمبدأ الأثر الفوري، و المسألة التي تهمنا في هذا الشأن هي المدة حيث قد تقصر بفعل القانون الجديد أو تنقص.

الفرض الأول: أن يطيل القانون الجديد المدة

يؤدي منطق مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد إلى احتساب المدة وفقا لأحكامه مع مراعاة المدة التي انقضت منها في ظل القانون القديم.

الفرض الثاني: أن يقصر القانون الجديد المدة

وهذا ما جاء في نص المادة 07 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون 01/05 المتضمن القانون المدني، وتطبيقا لمبدأ الأثر المباشر تحتسب مدة التقادم وفقا لأحكام القانون الجديد ولكنها تحتسب كاملة ابتداء من تاريخ نفاذ هذا الأخير ولا يعتد كقاعدة عامة بالمدة السابقة التي تكون قد مضت في ظل القانون القديم، ولكن يرد استثناء هنا وهو متى كان الباقي من المدة التي يقررها القانون القديم أقصر من المدة التي يقررها القانون الجديد، ففي هذه الحالة يتم التقادم بانقضاء هذا الباقي[2].

---

[1] عمار روابنية: المرجع السابق، ص112، 113.

[2] حبيب إبراهيم الخليلي: مدخل للعلوم القانونية، النظيرة العامة لقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص182.

موقف المحكمة العليا

إن المحكمة العليا تعتبر أن العمل بالقواعد الجديدة للتقادم تبدأ من شهر سبتمبر 1990 فيما يخص التقادم الطويل" أي مرور 15 سنة من سنة 1975"، وشهر سبتمبر 1985 فيما يخص التقادم القصير" أي مرور 10 سنوات من سنة1975 "[1].

وعلى ذلك فكل تقادم يكتمل حدوثه قبل هذا التاريخ فهو يخضع للقانون القديم على اعتبار أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم عملا بنص المادة 07 من القانون المدني الجزائري، أما إذا كان التقادم سيكتمل بعد هذا التاريخ 1990و1985 فهو تاريخ الشروع في العمل بالنصوص الجديدة، فيجب تطبيق هذه النصوص الجديدة وذلك لوجود مدة كافية خاضعة للقواعد الجديدة[2].

---

[1] عمار روابنية: المرجع السابق، ص112.
[2] المرجع نفسه، ص112، 113.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم المكسب القصير

رأينا فيما سبق أن كل من أنواع التقادم المكسب الثلاثة تشترك في وجوب توافر الحيازة والمدة، وإن كانت مدة التقادم تختلف في كل نوع عن الآخر، فيكفي للتملك بالتقادم الطويل حيازة الحق مدة 15 سنة دون انقطاع فيما لا يكفي حيازة الحق العيني العقاري لمدة 10 سنوات لتملكه بالتقادم القصير، إذ يشترط إضافة إلى ذلك أن يكون الحائز حسن النية ومستندا في حيازته إلى سند صحيح فقد نصت المادة 828 من القانون المدني الجزائري على: " **إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري ن وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات** "، وتبعا لنص هذه المادة يتبين لنا أن مجال التقادم القصير يقتصر على العقارات والحقوق العينية العقارية فقط[1]، بخلاف التقادم المكسب الطويل الذي يكسب ملكية المنقول والعقار على السواء.

والحكمة من تشريع التقادم القصير إلى جانب التقادم الطويل تكمن في حماية من يتلقى العقار من غير مالكه، وهو يعتقد بحسن نية منه أنه يتعامل مع المالك الحقيقي لهذا العقار، فمن العدل أن يتملك الحائز والحامل لسند صحيح في مدة أقصر من تلك التي يتملك بها من كان سيء النية أو غير حاصل على سند[2]، لهذا فالمشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات[3]، جعل مدة التقادم القصير أقل من مدة التقادم الطويل كجزاء للحائز حسن النية والذي لديه سند صحيح.

نخلص مما تقدم بيانه أن التقادم القصير المكسب للملكية العقارية يستلزم أربعة شروط هي: الحيازة، المدة، حسن النية، والسند الصحيح، ولقد سبق بيان كل من شرطي الحيازة والمدة بشيء من التفصيل، وعليه يبقى لنا البحث في شرطي حسن النية، والسند الصحيح وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول : شرط حسن النية.

الفرع الثاني : شرط السند الصحيح.

---

[1] شرطا حسن النية و السند الصحيح إذا توافرا لدى حائز المنقول فإنه يكسب ملكيته من يوم الحيازة و على الحال، أنظر نص المادة 835 من القانون المدني الجزائري.

[2] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص292.

[3] على خلاف المشرع الجزائري الذي يجعل مدة التقادم القصير 10 سنوات، فإن كل من المشرع المصري و الفرنسي و اللبناني و العراقي و السوري تجعلها سنوات، بينما المشرع الأردني يحددها ب 7 سنوات.

الفرع الأول: شرط حسن النية

إن شرط حسن النية لاكتساب الملكية بالتقادم نص عليه المشرع الجزائري في المادة 01/828 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على:" **إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات ...**" .

فما لمقصود إذن بحسن النية ؟ وهل يشترط أن يظل الحائز حسن النية إلى أن تكتمل مدة التقادم ؟ وكيف يتم إثباتها ؟ .

للرد على هذه التساؤلات سنحاول تقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة عناصر:

- مفهوم حسن النية.
- الوقت الذي يلزم فيه توافر حسن النية.
- إثبات حسن النية.

أولا : مفهوم حسن النية

يعرف حسن النية على أنه غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق[(1)].

ويعرف كذلك أنه اعتقاد من يتلقى الحق أنه تلقاه ممن يملكه دون أن يراوده شك من انه هو المالك سواء أكان الحق الذي يتلقاه حق ملكية أو حقا عينيا آخر، أي أن الحائز يعتبر حسن النية متى كان يجهل أنه يعتدي على حق مملوك للغير[(2)].

و لقد عرفت محكمة النقض المصرية حسن النية على أنه:" اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك نعدم حسن النية"[(3)].

وبالتالي ينتفي حسن النية إذا اشترى شخص عقارا من آخر وهو يعلم أن ملكية هذا العقار محل نزاع أمم القضاء أو بين المتصرف أو شخص آخر، فقد نصت المادة 824 من القانون المدني الجزائري على انه: " **يفرض حسن النية لمن يحوز حقا**[(4)] **وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم، وإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله ...**" .

كما نصت المادة 825 من القانون المدني الجزائري على: " **لا تزول صفة حسن النية إلا من الوقت الذي يعلم فيه بأن بان حيازته اعتداء على حق الغير ، ويزول حسن النية من وقت إعلان**

---

(1) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص111.

(2) محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص292.

(3) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص234.

(4) الأصح أن يأتي نص المادة كما يلي:" **يفترض حسن النية في من يحوز**.." بدلا من "**يفرض حسن النية لمن يحوز**..."، أنظر في ذلك: محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق الذكر، ص111.

الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى ، ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه ".

يتضح من نص المادتين 324، 325 من القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الشخصي عند تحديده لمدلول حسن النية في التقادم[1]، إذ أن حسن النية وفق هذا المعيار هو اعتقاد الحائز بأنه تلقى العقار من مالكه أو من صاحب الحق العيني عليه، فوفق المعيار الشخصي ينظر إلى مدى ما يقوم في نفس الحائز من اعتقاد فيما يخص الشخص الذي يتعامل معه، فالعبرة إذن ليست بما يمكن أن يعتقده الشخص العادي لو وجد في نفس الظروف التي يوجد فيها الحائز، وإنما العبرة بما يقوم لدى الحائز من اعتقاد[2].

فإذا اشترى الشخص عقارا يدخل ضمن ملك مشاع في التركة من أحد الورثة، فهنا لا يمكن اعتباره حسن النية لأنه كان لزاما عليه أن يفترض بأن العقار محل الشراء قد لا يدخل ضمن أموال هذا الوارث.

كما لا يمكن اعتبار الحائز حسن النية إذا اشترى عقارا بثمن زهيد واشترط عليه البائع عدم الضمان، فمثل هذه الحال يتنافى معه حسن النية لدى المشتري[3].

ويستوي أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلطا في الواقع أو غلطا في القانون، فمن قبيل الغلط في القانون أن يتعامل الحائز مع شخص باعه عقار بسند عرفي، فيعتقد أن التعامل في العقار بسند عرفي جائز قانونا في حين أن المشرع الجزائري يشترط الرسمية في ذلك بموجب المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري.

ومن قبيل الغلط في الواقع أن يشتري الحائز العقار من شخص تكون ملكيته للعقار قد أبطلت أو فسخت، والحائز يجهل ذلك معتقدا أنه لا يزال مالكا[4]، أو يتعامل مع مجرد حائز للعقار معتقدا أنه المالك، وعلى ضوء هذا المعيار الشخصي يكون الحائز حسن النية إذا كان يجهل سند المتصرف، فإن علم الحائز بما يشوب سند المتصرف من عيوب كأن يكون باطلا أو قابلا للإبطال استبعد فرض حسن النية لديه، فالمشتري الذي يعلم بأن البائع قد حصل على ملكية العقار المبيع بموجب عقد هبة باطل لتخلف ركن الشكلية، يكون بذلك عالما بأنه يتعامل مع غير مالك، وعليه لا

---

[1] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص560، 561.
[2] المرجع نفسه: ص 561.
[3] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص293.
[4] عدلي أمير خالد: تملك العقارات بوضع اليد، المرجع السابق، ص320، 321.
– محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص111.

فرض لوجود حسن النية لديه، وبالتالي لا يمكنه التحجج بكسب العقار بالتقادم المكسب القصير[1].

غير انه إذا كان سند الحائز مشوبا بعيب من العيوب، فإن عدم العلم بذلك لا ينفي عنه حسن النية لأنه لا ينافي الاعتقاد بأن المتصرف مالك العقار، والأمر يتعلق بطبيعة الحال بعيب لا يجعل السند باطلا، وإنما قابلا للإبطال فقط، إذ أن السند الباطل لا يصلح لأن يكون سببا للملكية ابتداء، فالحائز الذي يظن أن سنده قابلا للإبطال كون أن البائع ناقص الأهلية مثلا أو إرادته معيبة يعتبر رغم ذلك حسن النية مادام يعتقد أن البائع مالك للعقار الذي اشتراه ، ومنه نستنتج ان العيب الوحيد الذي يرمي التقادم من استدراكه هو ملكية المتصرف أو صاحب الحق للشيء الذي تصرف فيه[2].

والمشرع الجزائري رغم تبنيه للمعيار الشخصي في تحديد عنصر حسن النية، إلا انه تبنى جزئيا المعيار الموضوعي أيضا في ذلك، فقد جاء في نص المادة 824 من القانون المدني الجزائري:" ..**إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم** "، فتبعا لنص هذه المادة يعد الحائز سيء النية إذا كان جهله في اعتدائه على ملك الغير ناشئ عن خطأ جسيم يجر الحائز إلى الاعتقاد أن من يتصرف في العقار هو المالك الحقيقي، وعلى ذلك فإنه من يشتري عقارا من دون أن يطلب من المالك إفادته بسندات ملكيته يكون قد ارتكب خطأ جسيم، فعندئذ لا يمكن له الاحتجاج بحسن النية من أجل الاستفادة بالتقادم القصير[3]، على الرغم من أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، ولعل الحكمة من استناد المشرع الجزائري إلى المعيار الموضوعي إلى جانب المعيار الشخصي هو محاولة الموازنة بين المصالح المتعارضة للحائز ومالك الحق، كون أن الأخذ بالمعيار الشخصي وحده وتغليبه من شأنه إلى ترجيح مصلحة الحائز المهمل على مصلحة المالك الحقيقي، الشيء الذي يتنافى أصلا مع الحكمة التي شرع من أجلها التقادم القصير[4].

والعبرة في تقدير حسن النية من عدمها يعود لذات الحائز، فإذا كان الحائز لا يعتد بنيته كون لأنه عديم التمييز مثلا، فإن العبرة بحسن النية من عدمها تعود إلى من يمثله قانونا، ونفس ما يقال عن عديم التمييز يقال عن الشخص المعنوي.

ولقد جاء في نص المادة 02/825 من القانون المدني الجزائري ما يفيد أن المشرع الجزائري وكاستثناء يميل إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي، حيث تنص المادة على:"...**ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه** " ، فإذا اشترى الحائز العقار من شخص معتقدا بأنه المالك الحقيقي، ولم يكن اعتقاده هذا مبنيا على خطأ جسيم وكان العقار في حيازة شخص ثالث رفض تسليم العقار

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، 1107.

[2] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص635، 636.

[3] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص112.

[4] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص294.

مما دفع المشتري إلى اغتصاب الحيازة منه بالإكراه، فإن الحائز" المشتري" يعتبر سيء النية[1]، وبالتالي لا يمكنه التمسك بالتقادم القصير لتملك العقار في مواجهة المالك الحقيقي.

وأخيرا لابد أن نشير إلى أن معرفة ما إذا كان الحائز حسن النية أو لا يعتبر من مسائل الواقع التي لا رقابة فيها للمحكمة العليا، فللقاضي أن يستخلص حسن النية من نصوص العقد وظروف ملابسات انعقاده مع مراعاة الحالة الاجتماعية، وثقافة أطراف العقد ن ومدى علمهم بما يباشرونه[2].

ثانيا: الوقت الذي يلزم فيه توافر حسن النية

تنص المادة 02/828 من القانون المدني الجزائري على:"**...ولا يشترط توافر حسن النية لدى الحائز في الوقت الذي تلقى فيه الحق** "، وبما أن المشرع الجزائري جعل نقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى سواء بين المتعاقدين مرتبط باتخاذ إجراءات الشهر العقاري[3] بموجب نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري وكذلك نص المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذلك نص المادة 16 من نفس الأمر، وعليه فإنه وبالرجوع إلى نصوص المواد الأنفة الذكر يتضح لنا أن وقت تلقي الحق هو الوقت الذي يتم فيه شهر السبب الصحيح الناقل لها، إلا أنه يستثنى من هذا إذا كان السبب الصحيح وصية، إذ يثبت انتقال الملكية من يوم حصول وفاة الموصي لا من يوم شهر الوصية في مجموع البطاقات العقارية[4]، وعلى هذا يجب أن يكون الحائز حسن النية وقت شهر التصرف الذي يستند إليه في حيازته، ولا يكفي لأن يكون كذلك وقت صدور السند الصحيح[5].

وتطبيقا لما تقدم إذا اشترى الحائز عقارا من غير مالكه، فإنه يجب عليه لكي يتمسك بالتقادم العشري أن يكون قد اعتقد بحسن نية وقت شهر عقد البيع أنه اشترى من المالك الحقيقي، وأن الملكية انتقلت إليه على هذا النحو بالشهر[6] ولا يهم بعد ذلك إن كان سيء النية عند التسليم مثلا ولا يشفع له إذا احتج بحسن نية وقت البيع وقبل الشهر إذا تبين أنه وقت الشهر كان سيء النية.

أما إذا كان سند الحائز وصية، فإنه يشترط أن يكون الحائز – الموصى له – حسن النية وقت وفاة الموصي حتى يتمكن من الاكتساب بالتقادم القصير، لأن الملكية العقارية بموجب الوصية تنتقل من يوم الوفاة وليس من يوم شهرها، وهذا استثناءا عن الأصل جاءت به الفقرة2 من المادة 15 من الأمر 74/75 السالف الذكر.

---

[1] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص561.

[2] عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص331.

[3] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، دار هومة، 2004، ص121.

[4] أنظر نص المادة 01 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري.

[5] عدلي أمير خالد: المرجع السابق الذكر، ص328.

[6] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1113.

وتبعا لما تقدم يكفي أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقي الحق، فإذا تحقق هذا فإن سوء النية الذي قد يطرأ بعد ذلك لا يحول دون التمسك بالتقادم القصير.

ثالثا:إثبات حسن النية

تنص المادة 03/824 من القانون المدني الجزائري على:" **ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس**" فالأصل إذن حسب هذه المادة أن يعتبر الحائز حسن النية، وليس عليه إثبات عبء حسن نيته، ويستوي في ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجع إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون[1]، على الرغم من أن هذا الأمر يبدو متعارضا مع المبدأ القائل بأنه ليس لأحد أن يدعي جهله للقانون[2].

وعلى ذلك لا يكلف الحائز بإثبات حسن النية، أي اعتقاده وقت تلقي الحق أن التصرف صدر إليه من المالك الحقيقي بل على خصمه المالك أو صاحب الحق إقامة الدليل على أن الحائز كان سيء النية وقت تلقي الحق ويكون له في ذلك استعمال كافة طرق الإثبات المتاحة له ، كون أن الحيازة هي واقعة مادية تثبت بكافة الطرق.

ولقد يسر المشرع على المالك أو صاحب الحق دحض الافتراض الوارد بالمادة 03/824 من القانون المدني الجزائري لصالح الحائز، أي لإقامة الدليل على سوء نية الحائز وقت تلقي الحق، وذلك بإثبات أحد الأمور التالية:

1– أن يثبت أن الحائز كان يعلم وقت تلقي الحق أن من تصرف إليه هو غير المالك.

2– أن يثبت أن جهل الحائز لعدم ملكية من تصرف إليه يكون ناشئا عن خطأ جسيم.

3– أن يثبت أن الحائز حصل على الحيازة عن طريق الغصب[3].

ويلاحظ أن المادة 826 من القانون المدني الجزائري تقضي بما يلي:" **تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كبها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك**"، وعلى ذلك فإذا كانت الحيازة عند بدئها قبل سريان التقادم القصير بسوء نية كما لو كان الشخص واضعا يده على العقار وهو عالم بأنه ليس مملوكا له ثم اشتراه بعد ذلك وأشهر البيع فتبقى حيازته بسوء نية، وعليه أن يقم الدليل على العكس بأن يثبت أنه أصبح حسنه النية وقت شهر التصرف.

الفرع الثاني: شرط السند الصحيح

يشترط المشرع لكسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالتقادم القصير بالإضافة إلى شرط حسن النية أن يتوافر لدى الحائز في حيازته السند الصحيح، طبقا لنص المادة 01/828 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على:" **إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني ، وكانت مقترنة بحسن النية لا ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات** ".

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1113.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص113.

[3] المرجع نفسه: ص114.

وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على:" **السند الصحيح هو تصرف يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند**"[1].

ولدراسة السند الصحيح سوف نتناول هذا العنصر في ثلاثة أقسام.

- مفهوم السند الصحيح .
- شروط السند الصحيح .
- إثبات السند الصحيح

أولا: مفهوم السند الصحيح

لقد عرف المشرع الجزائري السند الصحيح بموجب نص المادة 03/828 من القانون المدني الجزائري على أنه تصرف يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم مع وجوب إشهار هذا السند.

وما يؤاخذ على التعريف الذي جاء به القانون المصري والذي استنبطه المشرع الجزائري أنه لم يبين أن هذا السند الصحيح يجب أن يكون من شأنه نقل الحق لو صدر من مالكه، فلقد ذهب البعض إلى القول بأن هذا التعريف غير دقيق، وهو قريب إلى تجهيل السند الصحيح منه إلى تعريفه.

ولقد عرف بعض الفقهاء السند لصحيح بأنه:" تصرف قانوني يصدر من شخص غير صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا ومن شأنه أن ينقل الحق لو أنه صدر من صاحبه"[2].

---

[1] هذا التعريف منقول من نص المادة 969 فقرة 3 من القانون المصري.

[2] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص298.

ويعرف السند الصحيح أيضا:" أنه العمل القانوني الذي يكون قابلا بطبيعته وشكله أن ينقل الملكية بين طرفي العقد بصرف النظر عن حق الشخص الذي أجرى انتقال الملكية حتى ولو لم يكن هو المالك أو صاحب الحق"[1].

وعلى هذا فالسند الصحيح تصرف قانوني ناقل للملكية يستند إليه الحائز في حيازته للعقار فيجعل حيازته سليمة من شبهة الغصب أو الاعتداء على حق الغير في نظره واعتقاده[2].

فمن جملة هذه التعاريف يتبين لنا أن السند الصحيح تصرفا قانونيا ناقل للملكية، ولا يعيبه إلا كونه أنه صدر من غير المالك، ولقد عالج المشرع الجزائري هذا العيب حماية للحائز حسن النية الذي صدر له السند الصحيح من خلال تشريع التقادم القصير له، فإذا كان الحائز لا يمكن أن يتملك العقار بموجب هذا التصرف، فحماية له خول له كسبه بالتقادم المكسب ن ولكن في مدة أقصر من مدة التقادم الطويل[3]، ويسمى بالسند الصحيح لا لأنه صحيح وغير مشوب بأي عيب فقد يكون التصرف قابلا للإبطال، ومع ذلك نعتبره سندا صحيحا يستند إليه الحائز في حيازته عن طريق التقادم القصير، وبالتالي فالمهم فقط في السند الصحيح أن يكون صادرا عن غير المالك آو صاحب الحق، ولا يهم بعد ذلك إن كان مشوبا بعيوب أخرى[4].

وليس المقصود" بالسند" الوارد في نص المادة 03/828 من القانون الكتابة المثبتة للتصرف القانوني الصادر إلى الحائز بل المقصود هو التصرف الصادر إلى الحائز والذي يستند إليه في حيازته كالبيع الذي بموجبه اشترى الحائز العقار محل الحيازة.

ثانيا: شروط السند الصحيح

من خلال التعاريف السابقة التي أوردناها في شان السند الصحيح نستطيع أن نخلص إلى الشروط القانونية للسند الصحيح التي يتطلبها القانون، وهي خمسة شروط نتناولها تباعا وهي:

- أن يكون السند الصحيح تصرفا صادرا عن غير المالك.
- أن يكون السند الصحيح ناقلا للملكية .
- أن يكون السند الصحيح حقيقيا وموجودا.
- أن يكون السند الصحيح صادرا عن غير المالك.
- أن يكون السند الصحيح مشهرا.

---

[1] محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص171.
[2] عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص339.
[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1086.
[4] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص590.

1- يجب أن يكون السند الصحيح تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا:

وبمقتضى هذا الشرط يكون الحائز مشتريا أو موصى له، غير أنه يعتبر سندا صحيحا الوقائع القانونية مثل الميراث حيث أن الوارث حسن النية لا يستطيع أن يستند إلى الإرث كسبب صحيح يتملك بمقتضاه الملكية بالتقادم القصير، وذلك لاعتبار حيازة الوارث استمرارا فقط لحيازة المورث وليست حيازة جديدة، ولكن للحائز الوارث أن يكسب الملكية بالتقادم القصير إذا كانت حيازة المورث مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سند صحيح بغض النظر عن حيازته هو[1]، ويستوي أن يكون التصرف القانوني الذي يستند إليه الخلف الخاص عقد بيع أو هبة أو تصرفا قانونيا من جانب واحد كالوصية[2].

2- يجب أن يكون السند الصحيح ناقلا للملكية:

إذا كان السند الصحيح تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا، فإنه يشترط فيه أن يكون ناقلا للملكية إلى الحائز كما لو أنه صدر من المالك، وكذلك يعتبر العقد المنشئ للحقوق العينية الأخرى سندا صحيحا متى صدر من غير المالك، ومثال ذلك العقد المنشئ لحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو الرهن الحيازي[3].

كما تعتبر سندا صحيحا أيضا الأحكام القضائية الناقلة للملكية بحكم رسو المزاد عند نزع ملكية المدين بناءا على طلب دائنيه، أو عند بيع العقار المشاع بعدم إمكانية قسمته عينا وكذلك حكم الشفعة، وبما انه تشترط في التصرفات التي يمكن أن تكون بمثابة السند الصحيح أن تكون ناقلة للملكية، فإن العقود التي تنشأ التزامات شخصية مثل عقد الإيجار وعقد الوديعة وعقد الوكالة فهي لا يمكن أن تعتبر بمثابة السند الصحيح وكذلك لا تعتبر بمثابة السند الصحيح التصرفات الكاشفة عن الحق كالقسمة الاختيارية لأنها ليست ناقلة للحق وإنما كاشفة فقط له، كذلك الشأن بالنسبة لعقد الصلح فهو لا يعتبر بمثابة السند الصحيح لأنه تصرف كاشف إ فإذا تنازعا شخصان على عقار ثم

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص106.
[2] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص351.
[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1087.

تصالحا على اعتباره ملكا لأحدهما، فلا يجوز لهذا الأخير الاستناد إليه على أساس لأنه سند صحيح يمكن أن يكسبه العقار بالتقادم المكسب القصير[1].

3- يجب أن يكون السند الصحيح سندا حقيقيا موجودا:

يشترط في السند الصحيح بأن يكون له وجود قانوني، فالسند الصحيح عمل قانوني صالح بذاته لنقل الملكية، ولا يعيبه سوى كون انه صادر من غير المالك، وفيما عدا ذلك يلزم أن يتوافر في السند الصحيح ما يلزم توافره في التصرف القانوني الناقل للملكية.

وعلى ذلك فلا يصح أن يكون سندا صحيحا التصرف القانوني الباطل بطلانا مطلقا لأنه ليس له وجود قانوني، وبالتالي فهو والعدم سواء، سواء أكان البطلان راجعا لعيب في الشكل كعدم الكتابة مثلا بالنسبة للتصرفات المتعلقة بحقوق عينية عقارية أو كان البطلان متعلقا بعيب في الموضوع كعدم مشروعية السبب آو لصدروه من عديم التمييز[2].

فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصلح لأن يكون سندا صحيحا، لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك هذا على خلاف التصرفات القابلة للإبطال فهي تصرفات صحيحة ومنتجة لآثارها إلى أن يقضى ببطلانها[3].

ويعتبر كذلك سندا صحيحا التصرف القانوني الذي يكون معلقا على شرط فاسخ، فالتصرف يكون صحيحا نافذا منذ البداية، وإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ إلى أن اكتملت مدة التقادم القصير جاز للحائز كسب الملكية بالتقادم العشري القصير[4].

أما التصرف المعلق على شرط واقف فهو على عكس الأول، فلا يكون صحيحا ولا نافذا إلا من وقت تحقق الشرط، فلا يصلح إذن كسند صحيح إلا من وقت تحقق الشرط، فالحيازة تعتبر مستندة إلى سبب صحيح إلا من الوقت الذي يكون فيه الشرط قد تحقق.

4-يجب أن يكون السند الصحيح تصرفا قانونيا صادر من غير المالك أو صاحب الحق العيني:

يشترط في السند الصحيح أن يكون صادرا من غير المالك الأصلي، إذ لو كان الأمر غير ذلك كما كنا بحاجة إلى إعمال التقادم لأن الحائز يكسب الملكية مباشرة بعد التصرف، وهذا الشرط يتوافق مع الفكرة القائلة بأن التقادم القصير يهدف إلى تغطية العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف، وذلك يجعل الحائز في المركز القانوني الذي يمكن أن يتحقق له فيما لو تعامل مع

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص107، 108.
[2] المرجع نفسه: ص108.
[3] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص562.
[4] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص600، 601.
- رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص355.

المالك الحقيقي[1]، ويستوي في ذلك أن يكون المتصرف غير مالك أصلا أو قد زالت ملكيته بأثر رجعي كون أن السند قد أبطل مثلا أو فسخ[2].

ويترتب على ما تقدم أن التصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاز فيه بحدود النيابة أو الوكالة لا يعتبر تصرفا صادرا من غير المالك، وبالتالي لا يصلح لان يكون سندا صحيحا، فهو لم يصدر من الأصيل ولم يصدر عن النائب أصالة عن نفسه، وبالتالي يخضع لأحكام عقد الوكالة.

5- يجب أن يكون السند الصحيح مشهرا:

وقد نصت على ذلك المادة 03/328 من القانون المدني الجزائري على:"**... ويجب إشهار السند ...**"

فالعقد غير المشهر لا ينقل الملكية في التشريع الجزائري والذي يشترط القيام بإجراء الشهر لترتيب الأثر العيني، ومنه فإن العقد غير المشهر لا يصلح لأن يكون سندا صحيحا لأن المقصود بالسند الصحيح هو ذلك السند الذي ينقل الملكية وهذه الأخيرة لا تنتقل إلا من يوم القيام بالإجراءات المتعلقة بالشهر.

فقد نصت المادة 793 من القانون المدني على: " **لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري** ".

---

(1) عدلي أمير خالد: المرجع السابق، ص340، 341.

(2) محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص299.

وتنص كذلك المادة 15 من الآمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 والمنظم للشهر العقاري في الجزائر[1] على: " **كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية**".

كما تنص المادة من نفس الأمر على: " **إن العقود الإرادية والارتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية** " .

حيث يتضح من نصوص المواد المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري اشترط القيام بإجراءات الشهر العقاري في العقد الناقل للملكية العقارية وإلا فلا أثر له[2].

ونخلص إلى القول أن المشرع الجزائري يعتبر العقد غير المشهر لا ينقل الملكية ولو كان صادرا من المالك الحقيقي، واشترط لشهر السند الصحيح حتى يمكن اعتباره كذلك من شأنه أن يجعل كسب الملكية بالتقادم القصير نادر الوقوع في الحياة العملية[3]، وذلك لأنه بالرجوع إلى نص المادة 61 من المرسوم 63/76 والمؤرخ في 1976/03/25 والتعلق بتأسيس السجل العقاري[4] نجد أن المشرع يستوجب في كل تصرف حتى يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية أن يقدم في الشكل الرسمي، وتحرير هذا التصرف في شكل رسمي يتطلب ن المتصرف تقديم ما يثبت أصل ملكيته فإن عجز في ذلك امتنع الموثق[5] أو الموظف المختص من تحرير أي سند له في شكل رسمي.

ثالثا: إثبات السند الصحيح

لما كان السند الصحيح عبارة عن تصرف قانوني وارد على حق عيني عقاري، فإن إثباته لابد أن يتم بموجب ورقة رسمية، ذلك لأن الرسمية شرط لانعقاد التصرف الوارد على حق عيني عقاري طبقا لنص المادة 324/مكرر01 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على:" **زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ....في شكل رسمي ...**"

فالتصرف القانوني والذي يمكن اعتباره بمثابة السند الصحيح لابد أن يكون في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وذلك على خلاف حسن النية الذي يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات.

---

(1) أنظر: الجريدة الرسمية، رقم: 92، سنة 1975.

(2) محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص110.

(3) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص650.

(4) أنظر: الجريدة الرسمية، رقم 30، سنة 1976.

(5) سواء الموثق أو كل من له الصلاحية في تحرير مثل تلك العقود، كالضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، أنظر نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

وإذا كان شرط حسن النية مفترضا لدى الحائز ويقع عبء إثبات انتفائه على المالك الحقيقي أو صاحب الحق، فإن شرط السند الصحيح واجب الإثبات فهو ليس مفترض، ويقع عبء إثباته على عاتق الحائز[1]، لأنه شرط مستقل عن شرط حسن النية، وهذا خلافا لحائز المنقول إذ يفترض المشرع أن حيازته بحسن نية ومستندة إلى سند صحيح في نفس الوقت، وعلى من يدعي خلاف هذا الافتراض إثبات ذلك طبقا لنص المادة 03/835 من القانون المدني الجزائري.

[1] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص301.

المطلب الثالث: الشروط الخاصة بتقادم الحقوق الميراثية

تنص المادة 829 من القانون المدني الجزائري على: " **لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة** ".

فمقتضى نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع أقر نوعا ثالثا للتقادم المكسب بالإضافة إلى التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير، وهو تقادم الحقوق الميراثية .

فبناءا على نص المادة829 من القانون المدني الجزائري فإن الوريث الحائز للحقوق العينية لأحد شركائه في التركة يمكن أن يتملكه بالتقادم المكسب إذا دامت حيازته لهذا الحق العيني العقاري مدة من الزمن مضى عليها 33 سنة وبقي الوريث صاحب الحق ساكتا عنه خلال هذه المدة ولم يطالب به[1].

ولقد وقع المشرع الجزائري في خطأ عندما أقر أن الحقوق الميراثية يمكن أن تكسب بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة مدة 33 سنة[2].

حيث يلاحظ في هذا الشأن أن هناك فرقا بين الإرث والأموال الموروثة، فحق الإرث لا يمكن أن يتصور أن يرد عليه التقادم المكسب فنكون بصدد شخص غير وارث ثم أصبح وارثا لحق الإرث، فهذا آمر غير مقبول ولا يمكن أن يكون المشرع قد قصده بنص المادة 829 من القانون المدني الجزائري، وإنما التفسير الصحيح لنص هذه المادة أن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط، بمعنى لا يجوز سماع دعوى الوارث الساكت عن حقه بعد مرور 33 سنة[3].

وبناء على ذلك، فإنه إذا سكت الوارث مع التمكن ودون عذر شرعي عن مطالبة بقية الورثة بحقه في الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة ثم رفع دعوى المطالبة بالإرث بعد ذلك كانت دعواه غير مقبولة، ويقضي بعدم جواز سماعها إلا إذا أقر له الورثة بحقه.

أما في خصوص الأموال الموروثة فهي على خلاف حق الإرث فهي تقبل الحيازة، وبالتالي التملك عن طريق التقادم المكسب[4]، فيجوز لأي شخص أجنبي أن يضع يده على مال التركة ويتملكها بالتقادم المكسب إذا دامت حيازته مدة 15 سنة أو 10 سنوات حسب نوع التقادم.

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن نص المادة 829 الأنفة الذكر التي تقرر إمكانية كسب حق الإرث بالتقادم المكسب يخالف القواعد الأساسية في الحيازة ولا يمكن التسليم به كون أن التركة مجموع من المال والمجموع من المال لا يقبل الحيازة، وبالتالي كان الواجب أن يقال أن

---

[1] عمار روابنية: المرجع السابق، ص104، 105.

[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص88.

[3] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص332.

[4] المرجع نفسه، ص332.

حق الإرث يسقط بالتقادم، أي لا يجوز سماع الدعوى فيه لا أن يقال أن حق الإرث يكسب بالتقادم، وعلى ذلك وجب أن ينتقل الكلام بخصوص الحقوق الميراثية إلى التقادم المسقط[1].

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقا هاما على نص هذه المادة[2]جاء فيها ما يلي:" أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة، والتقادم هنا مسقط لا مكسب، لذلك يجب حذف" حقوق ميراثية "من المادة وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط[3].

وبالنسبة للمحكمة العليا فلقد صدر قرار في هذا الصدد جاء فيه ما يلي من حيث الموضوع: " حيث أنه وإن كانت المادة 829 من القانون المدني الجزائري مكنت من كسب الحقوق الميراثية بالتقادم إلا أنها اشترطت أن تدوم الحيازة ثلاث وثلاثين سنة، وبما أنه لم يثبت للقضاة في قرارهم المطعون توفر حيازة الأرض المتنازع عليها من قبل الطاعنين بعنصريها المادي والمعنوي، كما لم يثبت لهم وجود قسمة، لذا فالنعي على القرار المطعون بالخطأ في تطبيق القانون نعي غير سديد، ويتعين بذلك رفض الطعن"[4].

وكذلك صدر قرار آخر عن المحكمة العليا جاء فيه: " من المقرر قانونا أن الحقوق الميراثية لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون يعد غير سديد.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المدعين في الطعن مضت على حقوقهم الميراثية أكثر من 45 سنة، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى على أساس أن الحقوق الميراثية تسقط بمرور 33 سنة كانوا على صواب، وأحسنوا تطبيق القانون[5].

وعلى هذا الاجتهاد القضائي يجسد فعلا روح المادة 829 من القانون المدني الجزائري، والتي كان قصد المشرع فيها هو سقوط دعوى صاحب الحق بعد مرور 33 سنة لا كسبه للحق الموروث بالتقادم المكسب بعد مرور ثلاث وثلاثين سنة.

---

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1007، 1008.
(2) يقابل نص المادة 829 من القانون المدني الجزائري، نص المادة 970 من القانون المدني المصري.
(3) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص571.
(4) أنظر قرار المحكمة العليا 40944 الصادر بتاريخ 1987/05/06، محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص89.
(5) أنظر قرار المحكمة العليا رقم 62624 الصادر بتاريخ 1990/09/24، حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، الطبعة السادسة، 2006، ص170.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن التقادم المكسب للملكية

إذا توافرت في التقادم المكسب الطويل أو القصير أو تقادم الحقوق الميراثية شروطه المشروحة سابقا فإنه لا يرتب أثره بقوة القانون، إذ يجب على الحائز حتى يكسب الملكية أن يتمسك به، وبالمقابل يجوز له أن يتنازل عنه بعد اكتمال شروطه، وعندئذ تنعدم آثاره ويظل مالك العقار مالكا له[1].

ومنه وحتى يترتب على التقادم آثاره لابد للحائز أو كل شخص له مصلحة في تمامه أن يتمسك بحقه، كما لا يحق للحائز أن يتنازل عنه قبل ثبوت الحق فيه، فإعمال التقادم إذن يعني التمسك به والنزول عنه.

وقد سبق وأن رأينا أن المادة 832 من القانون المدني الجزائري تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والنزول عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع خصوصية أحكام التقادم المكسب[2].

وعليه و قبل التطرق مباشرة إلى الآثار المترتبة عن إعمال التقادم المكسب للملكية، لابد قبل ذلك أن نتحدث عن التمسك بالتقادم و النزول عنه، و بالتالي سيكون تقسيمنا لهذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: التمسك بالتقادم المكسب للملكية و النزول عنه

المطلب الثاني: التقادم المكسب يكسب للملكية

المطلب الثالث: التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي

المطلب الرابع: التقادم المكسب يرتب التزاما طبيعيا

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1059.

[2] لا يوجد أي تعارض في هذا المجال بين أحكام التقادم المسقط و أحكام التقادم المكسب، أنظر في ذلك: محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص304.

المطلب الأول: التمسك بالتقادم المكسب للملكية و النزول عنه

الفرع الأول: التمسك بالتقادم المكسب للملكية

تنص المادة 01/321 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" **لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناءا على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ، ولو لم يتمسك المدين به** ".

ومنه فالقاعدة العامة في التقادم المكسب أنه لا يجوز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، بل لابد أن يتمسك به الحائز أو ذو المصلحة بصفة عامة[1].

ومنه إذا توافرت شروط التقادم المكسب فإنه لا يرتب أثره بقوة القانون بل لابد من التمسك به[2].

وبالتالي فإن التمسك بالتقادم المكسب يكون عن طريق دفع يبديه الحائز ضد المالك الذي يطالب بحقه عن طريق دعوى الاستحقاق.

ومن خلال هذا فإنه يستنتج بأن التقادم ليس من النظام العام بحيث يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وإنما هو دفع مقرر لصاحب المصلحة فقط وهو الذي عليه أن يتمسك به.

ويترتب على لزوم التمسك بالتقادم لصاحب المصلحة هو أنه إذا اكتملت مدة التقادم ورد الحائز العين إلى مالكها قبل تمسكه بتملكها بالتقادم كان رده لها وفاء بالتزام مدني، فلا يجوز له استرداد العين بدعوى أنه ينوي كسبها بالتقادم[3]، حتى وإن كان رد العين مبنيا على غلط وقع فيه الحائز وهو مثلا أن مدة التقادم لم تكتمل بعد، أما إذا اكتملت المدة وتمسك بها الحائز فإنه يكسب الملكية على الحال، فإن رده إلى صاحبه بعد ذلك عد هذا الرد وفاء بالتزام طبيعي في ذمته[4].

ويجب أن يتم التمسك بالتقادم أمام القضاء، ولكن لا يشترط فيه شكل معين، إذ يصح أن يتمسك به الحائز صراحة أو ضمنا[5] مادام في عبارات واضحة تدل على رغبته في التمسك به، وعلى ذلك لا يكفي أن يكون التمسك به بمرافعة شفوية دون أن يضمنها طلباته الختامية.

الفرع الثاني: أصحاب المصلحة في التمسك بالتقادم المكسب للملكية

المفروض أن يكون التمسك بالتقادم خاصا بالحائز نفسه لأن المسألة تتعلق بضميره، إذ قد يؤنبه ضميره رغم اكتمال المدة ولا يرغب في تملك ملك الغير، لكن القانون استثناءا أجاز لدائن

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص362.
[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص117.
[3] المرجع نفسه: ص117.
[4] رمضان أبو السعود: المرجع السابق الذكر، ص363.
[5] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص308.

الحائز أو لأي شخص له مصلحة أن يتمسك بالتقادم بدلا من الحائز، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة[1]، وهذا ما نصت عليه لمادة 1/321 من القانون المدني الجزائري.

وبناء على ذلك، فإنه يتمسك بالتقادم الحائز بطبيعة الحال وخلفه العام وخلفه الخاص، فلورثته التمسك به ومن المشتري منه ذات الحق ، ولكن متى يجوز التمسك بالتقادم ؟

تنص المادة 2/321 من القانون المدني الجزائري على: " **ويجوز التمسك بالتقادم في أي حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية** "

فالتمسك بالتقادم يكون على صورة دفع يدفع به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه، وهو دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة من حالات الدعوى حتى إقفال باب المرافعة، ويجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة وأمام المجلس القضائي[2].

ويكون التمسك بالتقادم عن طريق دفع يكون في بداية الخصومة، وقد يؤخره الحائز إلى أخر مرحلة من أجل الخصومة ليتمسك به في آخر دفع يتقدم به، ولكن إذا لم يتمسك الحائز بالتقادم المكسب أمام المحكمة الابتدائية وأمام محكمة الاستئناف فإنه لا يمكن بعد ذلك أن يتمسك به أمام المحكمة العليا لأول مرة لأنها لا تنظر في أوجه جديدة لم يسبق إثارتها، ومنه فلا يجوز للمحكمة العليا أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها لأنه ليس من النظام العام ولكن إذا قبل الطعن وأحيلت الدعوى من جديد أم المجلس القضائي لينظر فيها فإنه يجوز للحائز الدفع بالتقادم لأول مرة أمام المجلس ويجوز له التمسك بالتقادم في أية مرحلة من مراحل سير الدعوى.

كما يجب عليه ألا يؤخذ تقديم دفعه إلى مابعد إقفال باب المرافعة، حيث لا يجوز بعد ذلك تقديم أي دفع مهما كان نوعه[3].

الفرع الثالث: النزول عن التقادم المكسب للملكية

تنص المادة 322 من القانون المدني الجزائري على: " **لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف على المدة التي حددها القانون ، وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنيا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم** ".

فكما سبق وأن رأينا فإن المشرع يحيل قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق بالتنازل عن التقادم، وقد يتخذ هذا التنازل الصور التالية وهي التي سنتناولها في 3 فروع :

أولا: النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص118.
[2] المرجع نفسه: ص118.
[3] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص364.

وفقا لنص المادة322 من القانون المدني الجزائري فإنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولكن يصعب من الناحية العملية تضرر مثل هذا النزول إذ لا يمكن تصور نزول الحائز حسن النية ولديه سند صحيح[1] سعى إلى الحصول عليه بماله أو جهده أومثاله صعوبة تصور نزول المشتري عن حقه في التمسك بالتقادم بعد أن حاز العين بحسن النية، واستنادا إلى سند شرائه للعين ولا يمكن كذلك تصور هذا النزول حتى عند الحائز سيء النية، فأنى له أن يفقد ثمرة اغتصابه وتعبه.

وحتى وإن أمكن تصور مثل هذا النزول فهو باطل بحكم القانون سواء كنا بصدد تقادم طويل آو تقادم قصير، وذلك راجع لأن هذا النزول يمس وجود وتلك مسألة تتعلق بالنظام العام[2].

ثانيا: النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه

تقضي المادة 02/322 من القانون المدني الجزائري على أنه يمكن النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق، فإذا اكتملت مدة التقادم بشروطه كان للحائز الخيار في أن يتمسك بالتقادم أو يتنازل عنه سواء كان ذلك في التقادم القصير أو التقادم الطويل[3]، فهذا النزول مقرر لشخص الحائز ومخير هو في الأخذ به من عدمه، وبالتالي فهو ليس من النظام العام ينجر عنه مساس بأي حق للغير[4].

ونزول الحائز عن التمسك بالتقادم المكسب يمكن أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، وذلك طبقا لنص المادة 2/322 من القانون المدني الجزائري، ولا يشترط في النزول الصريح عن التمسك بالتقادم المكسب شكلا معينا أو عبارات خاصة، فقد يكون كتابيا وقد يكون شفويا، فإذا اعترف الحائز المدعى عليه في دعوى الاستحقاق، وبعد اكتمال مدة التقادم في أوراق

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص364.
[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1066.
[3] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص308.
[4] رمضان أبو السعود: المرجع السابق الذكر، ص365.

الدعوى بملكية المدعي، كان هذا الاعتراف بمثابة نزولا منه عن حقه في التملك بالتقادم[1].

وباعتبار أن النزول عن التقادم هو تصرف قانوني، فإنه من ناحية الإثبات يخضع للقواعد العامة في الإثبات، حيث تجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين عن النصاب القانوني[2].

والنزول عن التقادم يعتبر من التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد، إذ أنه لا يشترط قبول المتنازل له، أما بالنسبة للمتنازل فهو يشترط فيه أهلية التصرف[3]، ويتميز النزول عن التقادم بالخصائص التالية:

- يعد تصرفا قانونيا من جانب واحد " أي بإرادة منفردة ".
- بما أن النزول عن الحق ليس تصرفا مفقرا كالهبة، وإنما فقط هو ترك الحق لصاحبه، فالأهلية المشروطة فيه ليست أهلية التبرع وإنما أهلية التصرف.
- إن النزول عن التقادم لا يستوجب شهره أو تسجيله إذا كانت الحيازة واردة على عقار ذلك لأنه لا يعد في حقيقة الآمر تصرفا قانونيا، وإنما هو مجرد ترك الحق لصاحبه.

ثالثا:النزول عن المدة التي انقضت من تقادم لم يكتمل

فهنا نطرح التساؤل الآتي: ما حكم القانون إذا تنازل الحائز عن التقادم أثناء سريانه، إذ يكون التقادم في هذه الحالة قد بدأ ولكنه لن تنته مدته بعد؟

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1066، هامش رقم 04.

[2] النصاب القانوني الموجب للإثبات بالكتابة في القانون المدني الجزائري هو 100000 دج، بعد أن كان 1000 دج بموجب القانون المدني القديم قبل التعديل المحدث بموجب الأمر10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، أنظر نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

[3] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص119.

فهنا وفي مثل هذه الحالة يعتبر التنازل صحيحا لأنه يعتبر فعلا تنازلا عن مدة قد انقضت[1]، ففي هذا الحال لا يعتبر تنازلا عن التقادم قبل بدء سريانه لنسميه تنازلا عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، وليس بالمقابل تنازلا عن التقادم بعد اكتمال مدته لنسميه تنازلا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه[2].

فهنا لا تحسب المدة عن النزول ويبدأ حساب جديد لسريان تقادم جديد يبدأ من وقت النزول عن المدة التي انقضت، وحقيقة الأمر أن مثل هذا النزول يعد قطعا للتقادم عن طريق إقرار الحائز لحق المالك ومن ثم وجب أن تترتب عليه آثار قطع التقادم التي سبقت الإشارة إليها بالتفصيل.

المطلب الثاني: التقادم المكسب يكسب الملكية

يترتب على التمسك بالتقادم المكسب أن يكسب الحائز ملكية العقار أو الحق العيني العقاري الذي حازه طوال مدة التقادم، طبقا لأحكام المواد 827، 282، 829 من القانون المدني الجزائري.

ولهذا فإن التقادم المكسب ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين بل هو سبب مباشر لكسب الملكية، فيستطيع الحائز بعد ذلك أن يدافع عن حقه سواء عن طريق الدعوى برفعه لدعوى الاستحقاق إذا اغتصب أحد ملكيته واعتدى عليها، وسواء عن طريق الدفع وذلك بدفع دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك[3]، إلا أنه من الشائع من لا تقر بإمكانية الأخذ بالتقادم إلا عن طريق الدفع ومن ذلك القانون الروماني والشريعة الإسلامية.

ففي الشريعة الإسلامية فإن مرور الزمن لا يعطي للحائز إلا دفع، فإذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق، جاز دفعها لعدم جواز سماعها بمرور الزمن، ولكن إذا خرجت العين من يديه واغتصبها الغير فليس له أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد المغتصب، وبالتالي فالتقادم في الشريعة الإسلامية مسقط لا مكسب.

وبالنسبة لما كسبه الحائز فيتحدد بما وردت عليه الحيازة، فمن حاز جزءا من عقار ما فهو لا يمكن أن يتملك إلى ذلك الجزء، ومن حاز حق استعمال أو حق انتفاع على عقار فهو لا يكسب بالتقادم سوى حق الاستعمال أو حق الانتفاع دون حق الملكية، ومن فتح مطلا على عقار جاره

---

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص366، 367.

[2] قدري عبد الفتاح الشهاوي: المرجع السابق، ص294.

[3] رمضان أبو السعود: المرجع السابق الذكر، ص367.

دون احترام المسافة القانونية فإنه لا يتملك بالارتفاق إلى الجزء من المطل الذي فتحه[1].

وفيما يتعلق بالتقادم القصي، فإن مدى ما يكسبه الحائز من حق يتحدد حسب ما هو وارد في السند لا حسب ما شملته الحيازة، فمن اشترى عقارا كقطعة من أرض ثم وضع يده على قطعة أوسع من تلك المحددة في عقد الشراء، فإنه لا يمكن أن يتملك الجزء الزائد بالتقادم القصير لعدم وروده في السند وإنما كان له أن يتملكه بالتقادم الطويل[2].

وحيازة الحق تمتد إلى ما يتبعه، وقد تكون حيازة التوابع مستقلة عن الأصل، فمن حاز أرضا بها أشجار كسب ملكية الأشجار أيضا لأنها تابعة للأصل، إلا أنه من حاز الأشجار مستقلة عن الأرض لا يكسب بالتقادم سوى الأشجار دون الأرض[3].

ويكسب الحائز العين مستقلة بما تحمله من أعباء وتكاليف كانت متحققة وقت بدء الحيازة كحق الارتفاق وحق الانتفاع.

ونشير أخيرا إلى أنه غالبا ما يقرر التقادم المكسب حقا موجودا من قبل لكن صاحب الحق لم يستطع إثباته فاستند إلى التقادم، ورغم ذلك يعتبر صاحب الحق مالكا للشيء بالتقادم لأنه لم يستطع إثبات ملكيته بطريق آخر، فهنا يرجع الفضل إلى التقادم المكسب الذي يعفيه عناء إثبات ملكه[4].

المطلب الثالث: التقادم المكسب للملكية بأثر رجعي

الأثر الثاني الذي يرتبه القانون على التمسك بالتقادم المكسب والذي لا يقل أهميته عن الأثر السابق هو أن الحائز إذا كسب ملكية العين بالتقادم المكسب، فإن تلك الملكية تنتقل إليه بأثر رجعي، حيث يعتبر الحائز مالكا للعين من يوم بدء الحيازة لا من يوم التمسك بالتقادم أو وقت اكتمال المدة، وهذا ما تفرضه طبيعة التقادم المكسب والذي يهدف إلى حماية الأوضاع الظاهرة المستقرة[5].

والأثر الرجعي للتقادم المكسب ينطبق على التقادم القصير والتقادم الطويل و تقادم الحقوق الميراثية، ففي التقادم القصير يؤدي الأثر الرجعي للتقادم إلى تدعيم السند الصحيح الذي بيد الحائز وبالتالي يدقق السند ويصححه من أي عيب قد يشوبه، كون أنه صادر من غير المالك، حيث يحتفظ الحائز حينئذ نهائيا لوصفه مشتريا أو موهوبا له كما لو كان السند قد نقل إليه الملكية أو الحق منذ انعقاده.

---

(1) عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص674.
(2) المرجع نفسه، ص674.
(3) محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص639.
– رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص367.
(4) محمد علي الأمين: المرجع السابق الذكر، ص639.
(5) رمضان أبو السعود: المرجع السابق الذكر، ص367.

وفي التقادم الطويل و تقادم الحقوق الميراثية يترتب أيضا هذا الأثر حيث يقوم التقادم مقام السند.

ويترتب على الأثر الرجعي للتمسك بالتقادم النتائج التالية:

أولا: تملك الحائز للثمار منذ بدء الحيازة

من المفروض أن الحائز لا يستحق من الثمار إلا ما قبضه وهو حسن النية، ولكن الأخذ بهذا الأثر يجعلنا نقول بأن الحائز يعتبر مالكا للثمار منذ بدء الحيازة حتى ولو كان سيئ النية، ويعتبر هذا الحكم باعتبار أن الحائز أصبح مالكا للعقار منذ بدء الحيازة فمن باب أولى أن يستحق تملك الثمار منذ بدء الحيازة أيضا[1].

ثانيا: عدم سريان الحقوق العينية التي رتبها المالك الأصلي على العقار خلال مدة التقادم

فبموجب هذه النتيجة فإنه لا يعتد بالحقوق العينية التي أنشاها المالك الأصلي أثناء سريان المدة، وهذا راجع لاعتبار الحائز مالك منذ البداية، أي منذ بدء سريان التقادم، وبالمقابل ينفي عن مالك العين ملكيته لها خلال هذه المدة[2].

ولكن بخصوص الحقوق التي يكون المالك الأصلي قد أنشأها على الشيء قبل بدء سريان التقادم فلا شأن للأثر الرجعي بها[3].

ثالثا: يترتب على الأثر الرجعي للتقادم نفاذ الحقوق العينية التي رتبها الحائز على العقار خلال مدة التقادم

ومؤدى هذه النتيجة انه بمجرد اكتمال مدة التقادم يعتبر الحائز مالكا للعقار منذ بدء الحيازة بأثر رجعي فيصبح مالكا للعقار وقت ترتيب الحق العيني عليه وتصير هذه الحقوق نافذة وباتة بعد اكتساب الملكية بالتقادم[4].

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص126.

[2] محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص378.

[3] عبد المنعم فرج الصدة: الرجع السابق، ص676.

[4] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1075.

المطلب الرابع: التقادم المكسب يرتب التزاما طبيعيا

تنص المادة 320 من القانون المدني الجزائري على:" **يترتب على التقادم إنقضاء الإلتزام، و لكن يتخلف في ذمة المدين إلتزام طبيعي...**" [1].

إن نص هذه المادة متعلق بالتقادم المسقط، إلا أنه يصدق كذلك على التقادم المكسب، و يعرف الإلتزام الطبيعي أنه مجرد واجبات ترتفع درجة وجوبها عن درجة وجوب الواجبات الأخلاقية في صورتها العادية بالنظر لما يحيط بها من ملابسات خاصة[2].

و لعل الفرق بين الإلتزام المدني و الإلتزام الطبيعي هو كون أن الإلتزام المدني يتشكل من عنصري المديونية والمسؤولية، في حين أن الإلتزام الطبيعي يفتقر فيه عنصر المسؤولية و يتوافر فيه عنصر المديونية فقط، وبالتالي فأنه يتخلف إلتزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم المكسب، فإذا حاز الحائز العين بالتقادم المكسب و لم يكن قبل التقادم مالكا لها فإنه بالرغم من تملكه لها يبقى ملتزما إلتزاما طبيعيا نحو المالك الحقيقي برد العين إليه[3]، إلا أن هذا الإلتزام الذي يكون الحائز مستقلا به يفتقد إلى عنصر المسؤولية تجاه المالك الحقيقي الذي يعتبر مقصرا هو الآخر تجاه حقه الذي تجاهله مدة طويلة من الزمن و بالتالي فإن الحائز الجديد يترتب فقط في ذمته عنصر المديونية.

و لعل الآثار التي تترتب على الإلتزام الطبيعي للتقادم هي نفس الآثار التي تترتب على أي إلتزام طبيعي، و أهم هذه الآثار هي:

- يجوز للحائز و خيارا منه من تلقاء نفسه أن يرجع العين، فإذا كان الحائز و بعد تملكه بالتقادم قد استجاب لداعي ضميره فرد العين إلى مالها الحقيقي كان ذلك وفاءا بإلتزام طبيعي و ليس تب و من ثم لا يشترط في التصرف شكلا خاصا و لا أهلية التبرع.

- يجوز للحائز إتخاذ الإلتزام الطبيعي المتخلف في ذمته كسبب صحيح لإنشاء إلتزام مدني، فإذا كان الحائز عوضا أن يعيد العين إلى مالكها تعهد بأن يردها له، فإن تعهده هذا ينشا في ذمته إلتزاما مدنيا واجب الوفاء به[4].

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص675.
[2] مصطفى الجمال: المرجع السابق، ص26.
[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص1076.
[4] المرجع نفسه، ص1076، 1077.

خلاصـــــة

يتضح من مجموع ما تقدم في هذا الفصل أنه يشترط لاكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب سواء الطويل أو القصير أو الخاص بالحقوق الميراثية أن توجد هناك حيازة قانونية صحيحة، هذه الحيازة يجب أن تكون مستوفية لعنصريها المادي والمعنوي، بمعنى أن يباشر الحائز أعمال السيطرة المادية لحساب نفسه أي بنية الظهور بمظهر صاحب الحق، كما يجب أن تكون خالية من العيوب التي قد تشوبها، فلابد أن تكون هادئة، لا إكراه فيها وظاهرة لا خفية فيها وواضحة لا لبس فيها ومستمرة لا انقطاع فيها .

لكن قيام الحيازة بكافة هذه العناصر السالف ذكرها لا يكفي وحده لاكتساب الملكية العقارية بالتقادم، حيث يشترط فوق ذلك استمرار هذه الحيازة لمدة معينة من الزمن يتطلبها القانون حسب نوع التقادم، ففي التقادم المكسب الطويل فقد حددها المشرع الجزائري بـــ15 سنة كاملة و التقادم المكسب القصير حددها بـــ 10 سنوات كاملة، أما في تقادم الحقوق الميراثية فالمدة المطلوبة هي 33 سنة، هذه المدة التي لابد يكتمل حسابها بالأيام و كذلك لا بد ألا يعترضها عارض يؤثر في حسابها أو يقطعه تماما و التي هي التوقف و الإنقطاع.

و خلصنا في الأخير أيضا أنه إذا توافرت في التقادم المكسب شروطه المذكورة سابقا فإنه لا يرتب أثره بقوة القانون، إذ يجب على الحائز حتى يكسب الملكية أن يتمسك به، وبالمقابل فلا يجوز له أن يتنازل عنه إلا بعد اكتمال شروطه. إذ بعد ذلك كله يرتب التقادم المكسب آثاره القانونية، حيث أن التقادم المكسب يكسب الحائز ملكية العقار أو الحق العيني الذي يحوزه، ثم إن هذه الملكية يتملكها الحائز بأثر رجعي أي أنها آثارها تعود إلى يوم بدء الحيازة، و كذلك فإن التقادم المكسب بعد استكمال شروطه فهو يخلف إلتزاما طبيعيا في ذمة الملك الجديد بإعادة العين إلى مالكها الحقيقي.

أما في الفصل الثاني من هذه المذكرة – و بعد الوقوف على أحكام نظام التقادم المكسب للملكية و بيان شروطه و آثاره القانونية– سنتناول مدى إمكانية تملك عقارات مشهرة وفقا لنظام الشهر العيني بالتقادم المكسب و مدى تماشي نظام التقادم المكسب للملكية مع خصوصية نظام الشهر العيني الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

الفصل الثاني: التملك بالتقادم المكسب على خلاف الثابت بالسجل العيني

سبق القول بأنه يترتب على التمسك بالتقادم المكسب أن يصبح الحائز مالكا للعقار الذي حازه المدة المشروطة للتملك بالتقادم، غير أنه – وكما هو معلوم– أن حق الملكية هذا لا يكون حجة على الغير إلا من يوم إخضاعه للإشهار العقاري طبقا لأحكام المادة 793 من القانون المدني جزائري والتي تنص على: " **لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري**".

وفي هذا الصدد أيضا تنص المادة 15من الأمر74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على:" **كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية**".

وكذلك نص المادة 29 من القانون25/90المؤرخ في 1990/11/18المتضمن قانون التوجيه العقاري على:" **يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري**".

وعليه فإن الإشهار العقاري شرط لنفاذ التصرفات المنصبة على عقارات في حق الغير وهذا ضمانا لاستقرار الملكية العقارية وزرع الثقة في المعاملات العقارية[1].

وتختلف كيفية شهر الحقوق العقارية المكتسبة التقادم باختلاف نظام الشهر المتبع في كل دولة، إذ يوجد نظامان للشهر العقاري، هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر الشخصي[2].

والمشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 المذكور أعلاه نجده تبنى جزئيا نظام الشهر العيني، حيث تشهر التصرفات العقارية بناء على العقار محل التصرف، ولما كان الأخذ بهذا النظام مبنى أساسا على استكمال عمليات المسح ويتعلق فقط بالأراضي الممسوحة فإن العقارات غير الممسوحة تبقى خاضعة لنظام الشهر الشخصي.

ومن أجل ذلك تنص المادة 27 من الأمر 74/75 أنه:" **يتم تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث أن العقارات التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلديات لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم**".

---

(1) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 336.

(2) العتروس بشير: مقال بعنوان: الشهر العقاري في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، 2004، ص15.

ولقد جاء بعد ذلك المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/ 1976 والمتعلق بإعداد السجل العقاري ليقرر هذه الأحكام، إذ بموجب نص المادة 113 منه تقرر فعليا تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق التي لم تشملها بعد عملية المسح[1]، وبعد الانتهاء من عملية المسح الكلي للأراضي يحل السجل العقاري المنصوص عليه بموجب هذا المرسوم محل البطاقات العقارية المؤقتة[2].

مما سبق ذكره نستنتج أنه يوجد أساسا نظامين للشهر العقاري، هما نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني تشهر بموجبها الحقوق والتصرفات العقارية سيما شهر الملكية المكسبة بالتقادم.

إلا أن أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني وبقائه متبنيا التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية من شأنه أن يهدم أهم مبادئ هذا النظام وهو مبدأ حظر التمسك بالتقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر.

ومن خلال ما سيأتي لاحقا في هذا الفصل، سنحاول أن نتناول بشيء من التفصيل أنظمة الشهر العقاري، ثم بعد ذلك نرى مدى إمكانية تماشي خصوصية نظام الشهر العيني مع إعمال نظام التقادم المكسب.

ولقد اخترت كذلك أن يكون هذا الفصل فصلا عمليا تطبيقيا، نرى فيه الحلول التي توصل إليها الاجتهاد القضائي العقاري الجزائري في هذا المجال، كون أن إشكالية هذا البحث عملية أكثر منها نظرية.

ومنه سيكون تقسيم هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: أنظمة الشهر العقاري و موقف المشرع الجزائري منها

المبحث الثاني: مجال إعمال التقادم المكسب و مدى الأخذ به في ظل نظام الشهر العيني

---

[1] مجيد خلفوني: نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبقة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 35.

[2] أنظر نص المادة 115 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

المبحث الأول: أنظمة الشهر العقاري و موقف المشرع الجزائري منها

إن من المسائل التي تؤدي إلى تدعيم الملكية العقارية وتؤكد الائتمان العقاري، هو تبني نظام معين للشهر يمكن من خلاله إحاطة الغير علما بالوضع القانوني للعقار ومساحته وحدوده وكل ما يترتب عليه من حقوق، فالشهر العقاري يهدف إلى تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص[1].

ولقد أدى التطور الذي عرفته الدول في شتى المجالات الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والسياسية إلى ظهور نوعين من أنظمة الشهر العقاري حسب نظام كل دولة وسياستها العقارية، فهناك نظام ينبنى على شهر التصرفات باسم المالك وهو نظام الشهر الشخصي، ونظام ينبني على شهر التصرفات اعتمادا على بيانات العقار وهو نظام الشهر العيني[2].

وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي وفي المطلب الثاني نظام الشهر العيني، وفي المطلب الثالث: تقييم النظامين وموقف المشرع الجزائري منهما.

---

[1] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص 13.

[2] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص13.

المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي

لما كان نظام الشهر الشخصي هو أول نظام ظهر في مختلف الدول في العصر الحديث يكون من المنطقي أن نبدأ به وذلك عن طريق تحديد ماهية ومدى فعاليته في تحقيق أهداف الشهر العقاري[1]، على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول: ماهية نظام الشهر الشخصي.

الفرع الثاني: خصائص نظام الشهر الشخصي.

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر الشخصي.

الفرع الأول: ماهية نظام الشهر الشخصي

يعتبر نظام الشهر الشخصي أول نظام ساد في العالم، ولقد أخذت به فرنسا وحاولت تجسيده في الجزائر على الأراضي المفرنسة[2]، وهو نظام يقوم على أساس الأشخاص إذ أن اسمه يدل على ذلك.

فهو إذن يقوم على أساس تسجيل الأشخاص الملاكين و أصحاب الحقوق العينية، فالعقارات وفقا لهذا النظام لا تعرف بهويتها ولا بموقعها، وإنما تعرف بأسماء مالكيها.

فمن أراد الكشف عن عقار معين ما عليه إلا أن يذهب إلى مصلحة الشهر العقاري للبحث عن اسم المالك[3].

ويقوم هذا النظام على إنشاء سجل عام أو سجلات محلية في مختلف الولايات أو المقاطعات داخل الدولة، ويتألف هذا السجل من قوائم إسمية تخص أسماء المتصرفين، ويمكن على المسؤول عن تلك السجلات أن يقدم قريرا مفصلا لصاحب الشأن عن خلو العقار من أي تصرف[4].

واستنادا لما سبق تفصيله، فإنه قد يتصرف أحد الأشخاص في عقار ما بالبيع للغير وهو غير مالك له، ويقوم الموظف المكلف بالشهر بتسجيل التصرف باسمه في السجلات المخصصة لذلك ثم يأتي المالك الأصلي للعقار ويتصرف فيه بالبيع أيضا ويسجل التصرف أيضا باسمه، ويكون حينئذ لنفس العقار تصرفان مختلفان، ومنه يكثر في هذا النظام بيع ملك الغير.

وبالنسبة للسجلات المتعلقة بالشهر في هذا النظام فهي نوعين:

---

[1] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص 15.

[2] حمدي باشا عمر، ليلى زروقي: المرجع السابق، ص42.

[3] ادوارد عيد: المرجع السابق، ص8.

[4] خليل أحمد حسن قتادة: المرجع السابق، ص115.

سجل يمسك بحسب الترتيب الزمني الذي يتم فيه إيداع الوثائق المتعلقة بالتصرفات العقارية، وسجل آخر يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بهذه التصرفات.

وبالنسبة للسجل الخاص بأسماء المتصرفين فإنهم يرتبون حسب الحروف الأبجدية لأسمائهم حيث يخصص لكل حرف من الحروف الهجائية صفحة أو عدة صفحات حسب شيوع أو ندرة الأسماء[1].

الفرع الثاني: خصائص نظام الشهر الشخصي

يتسم نظام الشهر الشخصي بالخصائص التالية:

1-إن أساس ومحور شهر التصرفات العقارية هو أسماء القائمين بها وليس على أساس العقارات كما هو الشأن في نظام الشهر العيني"[2].

2-إن نظام الشهر الشخصي هو وسيلة للإعلام فقط وليس سببا كافيا لانتقال الملكية أو الحقوق العينية[3] فهو لا يرتب الأثر العيني الذي يرتبه نظام الشهر العيني إلا إذا كان التصرف صحيحا.

3-تشهر المحررات المتعلقة بتصرفات عقارية في ظل نظام الشهر الشخصي كما هي، إذ لا يحقق المحافظ العقاري في مدى صحتها لا من ناحية الشكل ولا من ناحية الموضوع، فإذا كانت هذه التصرفات صحيحة ظلت صحيحة وإن كانت معيبة فالشهر العقاري لا يصححها، إذن فهو نظام خالي من الحجية المطلقة[4]، ويبقى الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيه بالإبطال أو بالفسخ[5].

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر الشخصي

سنتناول في هذا الفرع الخاص بتقييم نظام الشهر الشخصي عيوب ومزايا هذا النظام.

أولا: عيوب نظام الشهر الشخصي:

يعاب على هذا النظام ما يلي:

1- أن هذا النظام عاجز عن تحقيق الهدف الذي من أجله تأسس نظام الشهر العقاري والذي هو أساسا تشجيع خدمة العقار واستثماره وكذلك تأمين واستقرار المعاملات.

إذ أن المالك في ظل هذا النظام لا يأمن على حقه من الضياع وذلك بظهور المالك مطالبا بعقاره برفع دعوى الاستحقاق ضده، وكذلك الشأن بالنسبة للمؤسسات المالية المقرضة فلا يعقل أن

---

(1) مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص14.
(2) جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص16.
(3) عبد الحميد الشواربي: اجراءات الشهر العقاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص 4.
(4) مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص14.
(5) جمال بوشنافة: المرجع السابق الذكر، ص16،17.

تقوم بدعم المالكين بأموال من أجل الاستثمار ما لم تأمن أن حق الملكية ثابت لديهم ولا يتزعزع[1].

2-إن عملية الشهر تتم بناء على أسماء المتصرفين- كما سبق بيانه- وبالتالي فصاحب المصلحة لا يعرف إلا الشخص الذي تصرف في العقار، وهذا لا يمكن أن يبين له جميع ما وقع على العقار من تصرفات[2].

أضف إلى ذلك ان الأسماء قد تتشابه، مما يجعل احتمال الوقوع في الخطأ في شخص المتصرف خاصة إذا تعاقبت عليها التصرفات، ناهيك عن طول عملية البحث وصعوبتها، لأنه شرط في طالب المعلومات أن يكون ملما بالأشخاص المتصرفين بأسمائهم وألقابهم وكذلك مطلعا على مستندات ملكيتهم والتأكد من صحتها وسلامتها من العيوب[3].

3-إن هذا النظام لا يجعل صاحبه مهددا فقط من خطر دعوى الأشخاص التي يرفعها المالك الحقيقي إن ظهر، وإنما يجعله مهددا من ظهور شخص آخر هو الحائز الذي يدعي تملك العقار بالتقادم المكسب كون أنه ليس من مبادئه ما يمنع التملك عن طريق التقادم المكسب[4]، وإن كان الحق له أصل مشهر على مستوى مصالح الحفظ العقاري.

4-إن نظام الشهر الشخصي فيه خطر تعارض سندات الملكية لعقار واحد، وذلك يرجع لصعوبة البحث وعدم الجدوى منه لمعرفة المالك الحقيقي لعقار معين كما رأينا، مما يترتب عنه سلبية إزالة الثقة بين الناس[5].

ومثال ذلك إذا تصرف شخص في عقار معين معتقدا أنه مالكه الحقيقي بالبيع مثلا إلى شخص ثان، ثم يفاجأ هذا الشخص الأخير بشخص ثالث يدعي ملكية هذا العقار بموجب سند صادر من المالك الحقيقي، وعليه نكون بصدد مالكين كل منهما لديه سند لملكية نفس العقار.

---

[1] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص18، 19.

[2] معوض عبد التواب: السجل العيني علما وعملا، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص16.

[3] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص4.

[4] جمال بوشنافة: المرجع السابق الذكر،21.

[5] محمودي رشيد: نظام الشهر العيني في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستير كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2001/2000، ص18.

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في نقده لنظام الشهر الشخصي أنه نظام متأخر لا يصلح لأن يعمل به، كون أنه كان من المفروض أن يكون له حجية قطعية لا يشهر أي تصرف إلا بعد التحري من صحته[1].

5- إن هذا النظام يفرق بين الحقوق العينية الأصلية والتبعية، فالحقوق العينية الأصلية تشهر بطريق التسجيل، أما الحقوق العينية التبعية فهي تشهر بطريق القيد، كما أنه يقر بنوع ثالث من الشهر هو التأشير الهامشي، وكل هذا التعدد ليس له ما يبرره[2].

ثانيا: مزايا نظام الشهر الشخصي

رغم ما قيل في هذا النظام من انتقادات والتي وصلت إلى حد المطالبة بإلغائه وعدم العمل به، إلا أنه يبقى نظاما قائما بذاته له مزاياه الخاصة والتي نذكرها فيما يلي:

1-يعد نظام الشهر الشخصي وسيلة هامة في إعلام الغير بالتصرفات والحقوق التي قد تترتب على عقار معين[3].

2-إن نظام الشهر الشخصي لا يتطلب عملية مسح الأراضي كما هو الحال بالنسبة لنظام الشهر العيني، وبالتالي فإعمال نظام الشهر الشخصي من شانه أن يوفر للدولة أموال باهضة جدا قد تصرفها في أعمال المسح[4].

3-إن مجرد شهر التصرفات العقارية يعد قرينة على الملكية من طرف الشخص المشهر وإن كانت هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وفي الغالب يكون المشهر هو فعلا صاحب الحق.

4-إن إجازة الطعن في التصرفات المشهرة لا يعتبر سلبية بقدر ما يعتبر أمرا إيجابيا وذلك للسماح للمالك الحقيقي استرداد ملكه المغتصب عن طريق الطعن في التصرف.

وأمام حجم الانتقادات الموجهة لنظام الشهر الشخصي وقلة مزاياه، دعا غالبية الفقه إلى ضرورة إلغائه وإحلال نظام آخر بدله يكون ناجحا وفعالا في تحقيق أهداف الشهر العقاري المنشودة خاصة ضمان استقرار الملكية العقارية ودعم الائتمان العقاري.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، 1973، ص436.

[2] ادوارد عيد: المرجع السابق، ص9، 10.

[3] جمال بوشنافة: المرجع السابق،22.

[4] المرجع نفسه، ص22.

المطلب الثاني: نظام الشهر العيني

نظام الشهر العيني هو النظام الثاني من أنظمة الشهر العقاري التي عرفتها الدول، وهو النظام التالي في الظهور، إذ يعتبر حديثا نوعا ما بالنسبة إلى سابقه. وسنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع.

الفرع الأول: ظهور وماهية نظام الشهر العيني

الفرع الثاني: مبادئ نظام الشهر العيني

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر العين.

الفرع الأول: ظهور ماهية نظام الشهر العيني

أولا: ظهوره:

يعود الفضل في ظهور نظام الشهر العيني إلى السيد روبار ريتشارد تورانوس –- Robert Ritchard Torrensالذي وضع أسس وقواعد هذا النظام في استراليا في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر وبالضبط سنة 1858[1].

ولقد كانت فكرة تورانوس التي أخذ منها هذا النظام هي أن طرق اكتساب الملكية في ذلك الوقت كانت إما بمنحة من الدولة أو تنازل عن الأرض لصالح الأشخاص وإما في تصرفات تحصل بين الأفراد كالبيع والهبة.

فكانت الدولة تقوم بتسجيل الأفراد المستفيدين في سجلات يسهل عليها الرجوع إلى أسمائهم فيما بعد في حالة ووجود نزاع.

أما بالنسبة للطريقة الثانية فكان يتعذر عليها ذلك لعدم وجود سجلات مماثلة لسجلات الطريقة الأولى، فسعى تورانوس إلى جعل الأراضي المملوكة للأفراد في وضع مماثل للأراضي الممنوحة من الحكومة بحيث يسهل التعرف على ملاكها[2].

ولقد كانت طريقة الشهر في نظام تورانوس عند نشأته شبيهة إلى حد بعيد بالطريقة المعمول بها الآن، إذا كان على صاحب الشأن التقدم من الأمين العام المكلف بالشهر أين يضع وثائق ومستندات ملكيته العقارية للتحقيق فيها، ثم بعد ذلك يشهرها إذا كانت صحيحة.

وقد سهل هذا النظام عملية الشهر بتخويله سلطات واسعة للأمين العام للسجل العقاري لقيد كل تصرف أو تفسير يطرأ على العقار بأبسط الطرق، هذا فضلا عن منحه سلطة إجراء التحقيق حول أهلية المتعاقدين لإبرام التصرفات[3].

---

[1] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص16.

[2] إدوارد عيد: المرجع السابق، ص 19.

ولقد كانت الفكرة التي جاء بها تورانوس هي النواة الأولى التي بموجبها تم تأسيس نظام الشهر العيني المتبع في الكثير من دول العالم اليوم.

ثانيا: ماهيته

نظام الشهر العيني هو ذلك النظام القانوني الذي يرتكز على العقار نفسه في شهر التصرفات العقارية، إذ يتميز بمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر العقاري يسمى بالسجل العقاري، تخصص فيه صفحة أو أكثر لكل عقار وتدون فيها كل التصرفات التي ترد على العقار، ويحدد كذلك موقع العقار ومساحته، رقمه وحدوده ويسمى العقار بــ" الوحدة العقارية"[1] وتعد البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة هوية ذلك العقار، ويسمى هذا في التشريع الجزائري" مجموعة البطاقات العقارية"، فمن أراد الإطلاع على حالة العقار و معرفة التصرفات والحقوق التي قد ترد عليه ما عليه إلا التوجه إلى مصلحة الحفظ العقاري ليطلب صحيفة المعلومات الخاصة، كون أن الأشخاص في ظل هذا النظام ليست لهم أهمية كبيرة[2] كما هو الحال في ظل نظام الشهر الشخصي.

ويتولى عملية شهر التصرفات العقارية موظف إداري يسمى المحافظ العقاري كما هو الحال في الجزائر وفي فرنسا.

إلا أنه في بعض الدول التي تأخذ به كأستراليا وألمانيا ولبنان وسوريا فهي توكل مهمة شهر التصرفات إلى قاض مختص[3] لاعتبار هذا العمل قانونيا أكثر منه تقنيا.

الفرع الثاني: مبادئ نظام الشهر العيني

يقوم نظام الشهر العيني على خمسة مبادئ أساسية تتمثل في مبدأ التخصيص، مبدأ القوة الثبوتية، مبدأ الشرعية، مبدأ القيد المطلق ومبدأ حظر التملك بالتقادم المكسب.

---

[3] Philipe Simler et Philipe Delebecque : Droit civil, Les Sûretés, La publication foncière, 2eme édition, Dalloz, P : 580.

[1] أنظر المادة 13 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وإنشاء السجل العقاري و المادة 19 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

[2] حمدي باشا عمر، وليلى زروقي: المرجع السابق، ص43.

[3] Philipe Simler et Philipe Delebecque : Op. cit, P : 635.

أولا: مبدأ التخصيص

ومعناه أن نظام الشهر العيني يتخذ من العقار أو الوحدة العقارية أساسا للقيد في صفحاته، حيث تعرف الوحدة العقارية على أنها:" كل قطعة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد مع جميع ما يدخل في تكوينها كالمناجم والمحاجر والمنشآت والمزروعات بشرط أن تكون مملوكة لمالك واحد أو لأشخاص على الشيوع"[1].

وتخصص لكل وحدة عقارية صفحة أو بطاقة عقارية تقيد فيها كل التصرفات الواردة على العقار كما تحدد وصفه من الناحية الواقعية، إذ تعد هذه البطاقة العقارية بمثابة وثيقة هوية العقار، وعلى كل من أراد الإطلاع على عقار ما عليه إلا أن يراجع القيود المدونة في البطاقات العقارية[2] وذلك بفتح السجل العقاري على الصفحة المخصصة لهذا العقار ليجد بكل دقة وسهولة التصرفات الواردة عليه وحالته القانونية.

وعلى هذا فإن مبدأ التخصيص هو تشخيص ذاتي لهذا العقار دون أدنى اعتبار لشخص المتصرف فيه[3].

ثانيا: مبدأ القوة الثبوتية

ويسميه البعض بمبدأ الشهر، ومفاده أنه يترتب على شهر التصرفات الواردة على العقار في ظل هذا النظام أن نشوء قرية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على ملكية العقار أو الحق العيني محل التصرف وأن هذا التصرف يكون بذلك صحيحا خاليا من العيوب التي قد تلحق به، لأن الشهر في هذا النظام من شأنه تطهير كل التصرفات من أي عيب قد يشوبها[4].

إذ يعتبر الشهر في ظل هذا النظام مطهرا للتصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها، وبالتالي يصبح المتصرف في مأمن من كل دعوى ترفع بشأن التصرف الذي قام به، وهذا هو الفرق الجوهري بين كل من النظامين- الشهر العيني والشهر الشخصي.-

إن تبني هذا المبدأ يجعلنا نقرر بأن كل حق مشهر في ظل هذا النظام يعتبر موجودا وحجة على الكافة[5]، الشيء الذي يجعل السجل العقاري مبني على ثقة كبيرة من شأنها أن تبعث الاستقرار في نفوس المتعاملين وتؤدي إلى استقرار المعاملات.

---

[1] معوض عبد التواب: المرجع السابق، ص36.

[2] إدوارد عبد: المرجع السابق، ص 11.

[3] محمد العنابي: قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الحيلاوي، مصر، 1973، ص10.

[4] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص30.

[5] المرجع نفسه، ص31.

ثالثا: مبدأ الشرعية

يسميه البعض بمبدأ المراقبة المسبقة[1]، ويقوم هذا المبدأ على أساس المراجعة الدقيقة للوثائق والمعلومات الواردة إلى إدارة المسح قبل القيد في السجل[2].

ويتطلب تحقق مبدأ الشرعية أن يتحقق المحافظ العقاري من صحة التصرفات المراد قيدها أو شهرها وذلك حتى لا يهدر حقوق الأشخاص، فليس له أن يقوم بالشهر إلا قبل أن يتأكد من أن التصرفات الواردة على العقار محل الشهر صحيحة.

ولذلك يقوم المحافظ العقاري بالتحقق من توافر أركان التصرف القانوني[3] وشروط صحته، فيتحقق مثلا من مدى توافر الأهلية لدى المتصرفين و خلو إرادتهم من العيوب، كما يتثبت من سندات ملكيتهم.[4]

ومنه يستنتج أنه يصعب عمليا شهر التصرفات الباطلة أو القابلة للإبطال في ظل هذا النظام، وإن حدث ذلك خطأ فإن المشرع أجاز لصاحب الحق المهدور أن يرفع دعوى قضائية ضد المحافظ العقاري للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا الإهدار، على أن تحل الدولة محله في دفع مبلغ هذا التعويض[5] وذلك طبقا لنص المادة 23 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وإنشاء السجل العقاري، والتي تنص على:" **تكون الدولة مسؤولة عن الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه".**

رابعا: مبدأ القيد المطلق

والمقصود من هذا المبدأ أن القيد أو الشهر ومصدر الحقوق العينية العقارية فهو الذي ينشئها ويعدلها ويزيلها، إذ أن كل حق غير ثابت في السجل فلا وجود له لا بين أطراف التصرف ولا بالنسبة للغير والعكس، إذ أن كل حق ثابت بالسجل يعتبر حجة على الكافة، إذ لا يمكن لأحد أن يحتج بملكية حق عيني ليس له أصل مشهر[6].

---

(1) محمودي رشيد: المرجع السابق، ص20.

(2) عبد الوهاب عرفة: الوجيز في السجل العيني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص11.

(3) أنظر نص المادة 72 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

(4) جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص31.

(5) يمكن للدولة الرجوع على المحافظ العقاري لدفع هذا المبلغ إذا ثبت ارتكابه لخطأ جسيم طبقا لأحكام المادة 23 فقرة 2 من الأمر 74/75 السالف الذكر.

(6) حمدي باشا عمر، ليلى زروقي: المرجع السابق، ص44.

ومعنى ذلك أن كل حق مقيد في السجل العقاري هو الحقيقة بالنسبة للجميع، إذ أن البيانات الواردة فيه تعبر عن الصورة القانونية و الواقعية للعقار ولا يرقى إليه بذلك أي طعن، وبالتالي يصبح المتعامل في العقار المشهر محميا بأي دعوى غير ظاهرة في السجل[1].

خامسا: مبدأ حظر التملك الحقوق المقيدة بالسجل العقاري بالتقادم

تماشيا مع مبدأ القيد المطلق، يترتب على الأخذ بنظام الشهر العيني صيانة الحقوق العينية من خطر اكتسابها بالتقادم، فإن كان التقادم المكسب من أسباب كسب الملكية وانتقالها مثله مثل العقد والوصية والشفعة فإنه لا يسري على الحقوق المقيدة على السجل العقاري كمبدأ عام.

فمعظم التشريعات العالمية التي نأخذ بها النظام وضعت قواعد قانونية تحظر تملك العقارات المشمولة بعملية المسح عن طريق التقادم المكسب على أساس أن المسح العام للأراضي[2] يحدد الوضع المادي والقانوني لصاحب العقار[3].

وهذا ضمانا لاستقرار المعاملات الواردة على العقارات وال حقوق العينية الأخرى لأنه من شأن السماح ب اكتساب هذه الحقوق بالتقادم الإخلال بالثقة المطلوبة في بيانات السجل العقاري وعدم انتظام عملية انتقال الملكية العقارية وبالتالي تخلف الغاية التي من أجلها تأسس نظام الشهر العيني.

ولعل هذا المبدأ والمتمثل في حظر تملك الحقوق المقيدة بالسجل العقاري بالتقادم هو الذي تتبني عليه إشكالية مذكرتي هذه.

فهذا المبدأ هو عام تأخذ به كل الدول التي تبنت هذا النظام في تشريعاتها العقارية.

إلا أن تبني هذا المبدأ في أنظمة هذه الدول يختلف نسبيا من دولة إلى أخرى وذلك راجع إلى مدى وإلى نسبية تبني هذا النظام، وهو الإشكال المطروح في الجزائر أين نبقى حائرين في النظام المطبق فعلا هل هو نظام الشهر العيني أو نظام الشهر الشخصي.

بهذه المبادئ الخمسة يصبح نظام الشهر العيني مرآة صادقة للحقيقة التي لا يتخللها أدنى شك[4].

---

[1] عصام أنور سليم: المرجع السابق، ص16.

[2] تتولى العمليات التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي العام في جميع انحاء الوطن الوكالة الوطنية لمسح الأراضي والمنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المؤرخ في 19 ديسمبر 1989.

[3] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص27.

[4] محمودي رشيد: المرجع السابق، ص21.

وينبني على ما سبق على أن الحقوق غير المشهرة أو المشهر وفقا لنظام الشهر الشخصي هي التي تكون مجالا لإعمال التقادم المكسب[1].

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر العيني

إن نظام الشهر العيني بمبادئه السالفة الذكر أثبت أن له مزايا كبيرة نجنب بها الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي، إلا أنه لا يخلو هو الآخر من عيوب أثبتها تطبيقه في الحياة العملية ولهذا سنتناول في هذا الفرع مزايا هذا النظام وعيوبه.

أولاً: مزايا نظام الشهر العيني

ونوجزها في النقاط التالية:

1- توفير الحماية للمتعاملين:

وذلك كون أنه مبني أساسا على القوة المطلقة للشهر بالنسبة للغير والتي بمقتضاها أن كل ما هو مقيد في السجل هو الحقيقة التي لا يدانيها أي شك، خاصة إذا علمنا أن المحافظ العقاري[2] يقوم بفحص كل التصرفات قبل شهرها.

2- **تفادي الأخطار الناجمة عن تشابه الأسماء:**

بما أن الشهر في هذا النظام مبني أساسا على العقار محل التصرف وليس على شخص المتصرفين، فالبحث والتحري يكون على مستوى البطاقة العقارية التي تدون فيها البيانات المتعلقة بالعقار مما يؤدي إلى تبسيط الإجراءات وسرعتها وتناسقها وإلى وضوح تام في قيود السجلات، وهذا على عكس نظام الشهر الشخصي حيث تشهر كل التصرفات باسم الشخص المتصرف، الشيء الذي يؤدي إلى كثرة الأسماء وتشابهها واستحالة العثور على المالك الحقيقي[3].

3- **عدم تعارض سندات الملكية:**

بما أن المعلومات التي تستخرج حول العقار منبثقة جميعها من البطاقة العقارية، فإنه يستبعد في ظل هذا النظام أن يحدث خلط أو تعارض في سندات الملكية وكذلك لوحدة المصدر[4].

وبالتالي تكون هذه السندات مطابقة لما هو موجود على مستوى البطاقات العقارية

---

[1] معوض عبد التواب: المرجع السابق، ص33، 34.

[2] المرجع نفسه، ص34.

[3] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص34.

[4] علي فيلالي: مقال بعنوان: الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء 2، 2000، ص127.

4- من مزايا نظام الشهر العيني أيضا هو تمكين الدولة من مراقبة السوق العقارية وتحصيل الرسوم والضرائب على المالكين لفائدة الخزينة العامة، ويتم ذلك لسهولة معرفة المالك الحقيقي وكل ما يجري حول العقار من تصرفات[1].

5- في ظل هذا النظام لا يخشى ضياع العقار الممسوح كليا أو جزئيا، لأنه يكون رقم معين مسجل باسم مالكه، هذا الأخير يسلم له الدفتر العقاري[2] الذي هو صورة طبق الأصل عما هو موجود في البطاقة العقارية.

6- في ظل نظام الشهر العيني يكون صاحب الحق مؤمنا من إمكانية الإستولاء على حقه عن طريق التملك بالتقادم.

ثانيا: عيوب نظام الشهر العيني

على الرغم من المزايا العديدة التي يتمتع بها نظام الشهر العيني، إلا أنه لم يسلم من الانتقادات حيث يعاب عليه ما يلي:

1- **كثرة النفقات:**

إن أساس وقوام نظام الشهر العيني هو عملية المسح العام للأراضي، هذا الأخير يتطلب صرف أموال باهضة ومجهودات جبارة ورجال متخصصون في الميدان والواقع أنه لا ينبغي[3] التجاهل بأنه حتى في ظل نظام الشهر الشخصي لابد أن مسح الأراضي، إلا أنه مسح جزئي فقط يختلف عن المسح الخاص بنظام الشهر العيني لأنه لا يمكن معرفة القطع الأرضية والتصرف فيها إلا إذا كانت واضحة المعالم من حيث حدودها ومساحتها وموقعها.

2- **التضحية بالمالك الحقيقي:**

إن الاعتماد على وسيلة القيد وحده كشرط لانتقال الملكية يجعل هذا النظام وسيلة لاغتصاب حقوق الملاكين والاستيلاء على ملكيتهم دون أي مبرر الشيء الذي يتنافى مع مبادئ العدالة.

ولعل هذا الشيء الذي جعل جل الدول التي تأخذ بهذا النظام تذهب إلى إنشاء صندوق لضمان وتأمين الملاك الحقيقيين[4].

هذه هي أهم عيوب هذا النظام، إلا أنها لم تقلل من أهميته وضرورة إحلاله محل نظام الشهر الشخصي، وما يؤكد هذا هو توجه جل الدول إلى الأخذ به وتبنيه وذلك إما لأول مرة وإما استبدالا لنظام الشهر الشخصي.

---

[1] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص19.

[2] تنص المادة 19 من الأمر 74/75 : " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري والدفتر العقاري الذي يشكل سند ملكية".

[3] محمودي رشيد: المرجع السابق، ص22.

[4] محمود العنابي: المرجع السابق، ص132.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري

سبق وأن قلنا بأن المشرع الجزائري اشترط مراعاة الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري في كل تصرفات الواردة على العقار[1]، إذ لا يكون لها أي أثر بالنسبة للغير و لا حتى فيما بين الأطراف ما لم يتم شهرها في المحافظة العقارية، وفي هذا المعنى تقضي المادة 29 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري بأن كل إثبات للملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية يتم بموجب عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري[2].

ولكن أي نوع من الشهر يقصده المشرع الجزائري، هل هو النظام الشهر الشخصي أم نظام الشهر العيني؟

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع تتناولها على الشكل الآتي:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العيني

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي

الفرع الثالث: نظام الشهر العقاري المعتمد من قبل المشرع الجزائري

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العيني

إن فحص مختلف النصوص القانونية الواردة في الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا المرسومين التنفيذيين المطبقين له 63/76 وكذلك 62/76 المتعلقين بإعداد مسح الأراضي وبإعداد السجل العقاري على الترتيب، يتبين لنا من خلال العبارات التي يستعملها المشرع الجزائري فيها أنه تبنى نظام الشهر العيني والذي يعتمد على المسح كأساس مادي والسجل العيني كأساس قانوني[3]، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 1 من المرسوم 62/76 على يلي:

" **إن تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد ما يلي في كل بلدية:**

1-جدول للأقسام وسجل لقطع الأرض حيث ترتب فيها مختلف العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي..."

كما تنص المادة 15 من المرسوم 62/76 المذكور أعلاه على ما يلي:

" **إن مسح الأراضي المقسم إلى أقيام وإلى أماكن معلومة يعطي التمثيل على الرسم بياني لإقليم بلدية في جميع تفصيلات تجزئته إلى أجزاء للملكية وإلى قطع الأراضي** "

---

[1] راجع في ذلك نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري والمادتين 15،16 من الأمر 74/75.

[2] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص 33

[3] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص38.

ولعل الهدف الأول الذي كان المشرع الجزائري يهدف إليه من وراء صدور الأمر 74/75 هو الانطلاق الفعلي في عملة المسح قصد تأسيس نظام جديد للإشهار العقاري يقوم على أساس السجل العقاري[1].

إذ تنص المادة 2 من الأمر 74/75 على:" **أن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساس ماديا لسجل العقاري**".

غير أن المسح ورغم البدأ فيه سنة 1971 عند تطبيق الثورة الزراعية إلا أنه لم يتقدم كثيرا إذ مازالت مساحات كبيرة لم تشملها عمليات المسح[2] وذلك راجع لعدة أسباب لعل أهمها تردد السياسة التشريعية في الأخذ بهذا النظام وكذلك الإمكانيات الهائلة التي تتطلبها العملية.

وبالتالي فإنه يصعب القول بأن المشرع الجزائري قد تبنى كلية نظام الشهر العيني.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي

المشرع الجزائري -كما سبق وأشرنا- فإنه تبنى مبدئيا نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 والمراسيم المطبقة له، وبما أن تبني هذا النظام مرهون بإتمام عمليات مسح الأراضي لتراب الجمهورية والتي لم تنته بعد، فإن المشرع الجزائري ومن أجل تنظيم عملية الإشهار العقاري والحفاظ على استقرار الحقوق العينية وضع شروط وقواعد خاصة تكون مبدئية إلى حين انتهاء عمليات المسح[3]، فالمشرع الجزائري ووعيا منه باستحالة تطبيق نظام الشهر العيني بأحكامه ومبادئه التي تتعارض مع عدم شمول كل الأراضي لعملية المسح[4]، فقد جاء بنصوص استدراكية للوضع الذي خلقه تعارض النصوص القانونية مع الواقع الحاصل فقد نص في المادة 27 من الأمر 74/75 على ما يلي:"**إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات وحقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم تعد فيها عملية مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات محددة بموجب مرسوم**".

---

[1] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص 34.
[2] حمدي باشا عمر، ليلى زوقي: المرجع السابق، ص 45.
[3] مجيد خلفوني: المرجع السابق الذكر، ص 34،35.
[4] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص39.

وبمجيء المرسوم التنفيذي 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري تم تقرير أحكام انتقالية في الباب السادس تتضمن صراحة تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث يقوم المحافظ العقاري بمسك بطاقات عقارية في الأراضي التي لم تشملها بعد عملية المسح ويتم إشهارها باسم المالكين [1].

وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 113:" **خلافا لأحكام المادتين 19و26 من هذا المرسوم، وإلى لن يتم إعداد مسح الأراضي في إقليم كل بلدية، فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية، مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة وكلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيب المحفوظات تحت اسم كل مالك.**

وتتضمن مجموعة بطاقات العقارية بطاقات فردية لمالكين طبقا لنموذج يحدد بقرار من وزير المالية ".

وخلاصة ما سبق توصلنا إلى القول بأن المشرع الجزائري قد تبنى بالإضافة إلى نظام الشهر العيني نظام الشهر الشخصي وذلك في المناطق التي لم تشملها عمليات المسح[2].

الفرع الثالث: نظام الشهر العقاري المعتمد من قبل المشرع الجزائري

بالرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في الأمر 74/75 والمرسومين التنفيذيين المطبقين له، المرسوم 62/76 والمرسوم 63/76 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني وكمرحلة انتقالية ومؤقتة في انتظار إتمام عملية مسح الأراضي فقد تبنى إلى جانبه نظام الشهر الشخصي الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري يأخذ بنظام الشهر المختلط والذي يجمع بين عناصر الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني[3].

---

[1] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص 35.

[2] حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص118.

[3] العتروس بشير: المرجع السابق، ص16.

المبحث الثاني: مجال إعمال التقادم المكسب و مدى الأخذ به في ظل نظام الشهر العيني

كما سبق وأن أشرنا إليه في الفصل الأول، فإن التقادم المكسب للملكية بتوافر شروطه جميعا يصبح سببا رئيسيا لكسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، وبالتالي فإن التقادم المكسب سبب مباشر لكسب الملكية والحق العيني وليس فقط مجرد قرينة قانونية، فالحائز إذا تمسك بالتقادم المكسب سيستفيد من قاعدة موضوعية تكسبه الحق وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه[1]، والمشرع الجزائري اعتبر هو كذلك أن التقادم المكسب للملكية يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى ونظمها في الفصل الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية بموجب المواد من 827 إلى 836 من القانون المدني الجزائري وذلك ضمن القسم السادس من الفصل الثاني و الخاص بالحيازة، حيث تنص المادة 827 من القانون المدني الجزائري على: "**من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون ان يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة من دون انقطاع**".

وسبق وأن قلنا أيضا أنه وبصدور الأمر 74/75 المتعلق بالشهر العقاري فإن المشرع الجزائري تبنى رسميا نظام الشهر العيني وكمرحلة انتقالية ومؤقتة في انتظار إتمام عملية مسح الأراضي تبنى إلى جانبه نظام الشهر الشخصي الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي.

ولأجل تبني هذا النظام- نظام الشهر العيني- و تحقيق أهدافه المنشودة اعتمد المشرع الجزائري على عملية المسح العام للأراضي كأساس مادي له وعلى السجل العيني كأساس قانوني[2]، إلا أن المشرع الجزائري ومنذ بداية عمليات المسح عام 1971 بموجب قانون الثورة الزراعية فإن هذه العملية لم تكلل بالنجاح ولم يتم مسح سوى ثلث (1/3) بلديات الوطن، الشيء الذي جعله يمدد العمل بنظام الشهر الشخصي بصفة انتقالية إلى غاية انتهاء عملية المسح.

كل هذا يجعلنا نتساءل عن مصير التقادم المكسب الذي نص عليه القانون المدني في ظل نظام الشهر العقاري الذي تبناه المشرع الجزائري.

والذي توصلنا إلى أنه نظام مختلط يجمع بين نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي ومن هذا المنطلق سوف نتناول في هذا المبحث مجال إعمال التقادم المكسب في نظام الشهر العقاري الذي تبناه المشرع الجزائري مادام أن المشرع نص عليه في القانون المدني و لم تلغ نصوصه ولم يعدل بعد صدور الأمر 74/75، وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

---

[1] عبد المنعم فرح الصدة: المرجع السابق، ص566،567.
[2] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص38.

المطلب الأول: مجال إعمال التقادم المكسب للملكية

سنتناول في هذا المطلب مجال إعمال نظام التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العقاري، فالمشرع الجزائري قد حدد مجالات إعمال نظام التقادم المكسب للملكية على سبيل الحصر، إذ يكون التقادم المكسب كأساس لكسب الملكية عند طريق الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد الانتهاء من عملية مسح الأراضي العام المقرر بموجب الأمر 74/75، و قد يكون التقادم المكسب كأساس لكسب للملكية عن طريق عقد الشهرة و شهادة الحيازة، و قد يكون التقادم المكسب كأساس لكسب للملكية عن طريق اللجوء إلى القضاء، و لقد استحدث المشرع الجزائري طريقا آخر يمكن من خلاله إعمال التقادم المكسب و هو الطريق الأخير الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 و المتضمن قانون التحقيق العقاري و المرسوم التنفيذي المطبق له 147/08 المؤرخ في 2008/05/19، حيث ألغي بموجبه العمل بعقد الشهرة المكسب للملكية و حلول إجراءات التحقيق العقاري بدلا منه، و التي تنتهي بتسليم الطالب سندا للملكية.

و عليه سنحاول التطرق لكل من هذه المجلات الأربع لإعمال التقادم المكسب للملكية و تناول كل منها في فرع مستقل.

الفرع الأول: التقادم المكسب على أساس الملكية عند الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد عملية المسح

عند الانتهاء من عمليات المسح في كل بلدية يتم إيداع نسخ ثانية لجميع الوثائق الخاصة بعملية المسح وذلك على مستوى المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية، وتتم معاينة هذا الإيداع بمحضر تسليم يقوم بتحريره المحافظ العقاري، هذا المحضر يتم شهره في ظرف أربعة أشهر ويجب على الملاكين والحائزين وأصحاب الحقوق إيداع جدول على نسختين حسب الحالة من قبل الموثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية مصحوب بالسندات والعقود المثبتة للملكية[1].

ومن هنا يقوم المحافظ العقاري بتقسيم العقارات التي شملتها عملية المسح وذلك بمجرد استلامه لوثائق المسح[2]، ويكون هذا الترقيم مختلفا على حساب نوع السندات التي يظهرها الحائزون والملاكين فيعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للملاكين الذين يحوزون على سندات رسمية أو أحكام قضائية مثبتة لحقوق الملكية العقارية أو

[1] العتروس بشير: المرجع السابق، ص 20.
[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص122.

عقود مقبولة قانونا، كالعقود غير المتنازع فيها والتي تحدد العقار محل الشهر تحديدا دقيقا نافيا للجهالة[1]، وإلا فهذه الأحكام تعامل معاملة العقود العرفية التي تشترط صبها في قالب رسمي لكي تصبح مقبولة لإثبات الملكية وللشهر[2].

فالترقيم النهائي يجعل صاحبه يحصل على الدفتر العقاري مباشرة والذي يعتبر الوسيلة الوحيدة لإثبات الملكية العقارية بعد المسح[3].

بعد الترقيم النهائي، يأتي الآن الترقيم المؤقت والذي يكون في حالتين:

أولا: الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر

نصت عليه المادة 13 من المرسوم 63/76 وهذا هو الترقيم الذي يهمنا، حيث يعتبر الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سندات ملكية مقبولة قانونا والذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح حيازة هادئة مستمرة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للقانون، ويصبح الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر ترقيما نهائيا عند انقضاء هذه المهلة ما لم يحصل بشأنه أي اعتراض، حيث يبدأ سريان المهلة السابقة من تاريخ الترقيم[4].

وفي هذا الصدد تنص المادة 1/13 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على: " **يعتبر الترقيم مؤقتا لمدة أربعة أشهر، يجري سريانها ابتداء من يوم الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكها الظاهرين سندات ملكية قانونية والذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح الأراضي حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في هذا المجال** ".

وبالتالي يجوز أن يكون التقادم المكسب للملكية أساسا للإجراءات الأولية لشهر حق الملكية واكتسابها[5].

ومسايرة لنفس الاتجاه أدخل المشرع الجزائري بمقتضى المادة 89 المعدلة بالمرسوم التنفيذي 93–123[6] استثناء على المادة 1/88 من المرسوم 63/76.

---

[1] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص113.
[2] أنظر المذكرة رقم 689، المؤرخة في 1995/02/12 الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة، ص9.
[3] أنظر المادة 18 و19 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12.
[4] مجيد مخلوفي: المرجع السابق الذكر، ص114.
[5] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص122.
[6] المرسوم التنفيذي 93– 123 المؤرخ في 1993/05/19 المعدل للمرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

إذ تنص المادة 88 من المرسوم 63/76 على:" **لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، تثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير** ".

وتنص المادة 89 من نفس المرسوم المعدلة بموجب المرسوم 123/93 على: "**تستثنى من القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88**

-عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد 8 إلى 18 من هذا المرسوم".

وبالتالي جاءت المادة 89 من المرسوم 63/76 المعدلة بموجب المرسوم 123/39 تؤكد ما جاء في نص المادة 1/13 من المرسوم 63/76 والمتعلق بالترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر.

حيث تقضي بجواز شهر حق الحائز إذا كان يخص الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العقارية عند إنهاء عملية المسح، فيجوز إذن في هذه الحالة أن يكون التقادم المكسب أساسا لهذا الإجراء[1]، وإن لم يكن هناك شهر مسبق لهذه الحقوق.

وتشير في الأخير أن مسألة التثبت من وضع اليد المكسب لملكية يكون أولا من صلاحيته المهندس المساح المكلف لهذه الأعمال، حيث تستند إلى تصريحات ذوي الشأن والمجاورين، فيجب أن يتثبت من مسألة وضع اليد ومن تاريخ بدئها ومن هو واضع اليد الحقيقي، كما يجب أن يتثبت من صفة الحيازة على أنها هادئة ومستمرة وعلنية[2].

ثم بعد ذلك يأتي دور المحافظ العقاري كونه المسؤول عن الشهر ليتأكد ويتحقق هنا المعلومات الواردة إليه من وثائق المسح ومن تصريحات المعنيين.

ثانيا: الترقيم المؤقت لمدة سنتين

نصت عليه المادة 14 من المرسوم 63/76 وهو ترقيم مؤقت آخر و إلى جانب الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر وهو الترقيم المؤقت لمدة سنتين.

حيث يتعلق هذا النوع من الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سندات كافية[3]، وهم الملاك الظاهرين الذين لا يملكون سندات معترف بها ولكنهم حائزون ولم يتمكنوا من إثبات المدة القانونية للحيازة التي تمكنهم من اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب.

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص122.
[2] حسين عبد اللطيف حمدان: نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص186.
[3] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص 136.

ويمكن الاعتراض على هذا الترقيم في غضون سنتين أو سحب الترقيم من المحافظ العقاري بعد ورود معلومات تؤكد أن المالك الحقيقي ليس صاحب الطلب[1].

ويطبق كذلك هذا النوع من الترقيم لفائدة الدولة، حيث تسجل لفائدتها العقارات الشاغرة التي لا يحوزها أحد ولم يعرف لها مالك[2].

المنازعات المتعلقة بالقيد الأول:

تقضي المادة 15 من المرسوم 63/76 على أن المنازعات في الترقيم المؤقت بنوعيه تكون أمام المحافظ العقاري وخلال المدة المتعلقة بالقيد المؤقت والتي تكون أربعة أشهر أوسنتين حسب الحالة، حيث يتم استدعاء المعنيين بموجب رسالة موصى عليها من طرف المحافظ العقاري الذي يقوم بمحاولة إجراء الصلح بين الأطراف المتنازعة، فإن فشل ذلك يبلغ للطرف المعني رأيه وله أن يلجأ إلى القضاء في غضون ستة أشهر من تاريخ تبليغه.

وبالنسبة للأجل الذي حدده المشرع للطعن في الترقيم المؤقت هو أجل لسقوط الحق في رفع الدعوى أمام القضاء.

والمشرع الجزائري لم ينص على الأجل المسقط لرفع الدعوى إلا في صدد كلامه عن الترقيم المؤقت الخاص بالقيد الأول بعد المسح وفقا لنص المادة 15 من المرسوم 63/76.

إلا أنه لم يضع نفس الأحكام بالنسبة للقيد النهائي[3]، ومعنى هذا أن أنه يمكن للغير أن ينازع في الحق المشهر وقت علمه به أمام القضاء دون أن يحدد آجال لذلك، ومنه يجب الرجوع إلى الأحكام العامة، الشيء الذي يهدد مبدأ للقوة الثبوتية للشهر العيني، ومنه فأصحاب الحقوق المهدرة بالقيد بعد انقضاء الأجل المسقط لا يكون لهم سوى المطالبة بالتعويض ضد ما من تسبب في هذا الإهدار[4].

وفي هذا الصدد صدر بتاريخ 1994/03/16 قرار عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا ملف رقم 108200 يتضمن تأكيد ما سبق، وجاء فيه:" إشهار الحقوق، الحصول على الدفتر العقاري، لا يجوز فسخ تلك الحقوق و إبطالها إلا عن طريق المعارضة بدعوى قضائية مقبولة"[5].

أما بالنسبة للاختصاص القضائي النوعي في مثل هذه المنازعات، فهو يتحدد حسب طبيعة أطراف المنازعة، حيث يكون القضاء العقاري هو المختص إذا كان طرف النزاع أشخاص

---

[1] حمدي باشا عمر، ليلى زروقي: المرجع السابق، ص48.
[2] المرجع نفسه، ص48.
[3] المادة 16 من المرسوم 63/76 تجيز الطعن في الترقيم النهائي دون تحديد أجل لذلك، ومنه يجب الرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني.
[4] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص138.
[5] مجيد خلفوني: المرجع السابق، ص116،115
– حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، المرجع السابق، ص34.

يحكمهم القانون الخاص، ويكون القضاء الإداري هو المختص نوعيا إذا كان أحد الأطراف يحكمهم القانون العام، كالولاية والبلدية.

أما بالنسبة لإلغاء الدفتر العقاري فقد ثار جدل حول الجهة المنوط بها إلغاؤه، فيرى البعض أن القضاء العادي هو المختص في إلغاء الدفتر العقاري على أساس أن الطعن ينصب على حقوق عقارية يكرسها الدفتر العقاري.

في حين أن الاجتهاد القضائي الذي استقر عليه مجلس الدولة ذهب عكس ذلك وخول الاختصاص بإلغاء الدفتر العقاري إلى القاضي الإداري على أساس أن الدفتر العقاري يشكل قرارا إداريا[1].

الفرع الثاني:التقادم المكسب كأساس لعقد الشهرة وشهادة الحيازة

سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول عقد الشهرة وفي الفرع الثاني شهادة الحيازة.

أولا: عقد الشهرة[2]

لقد شرعت الجزائر منذ تبنيها لنظام الشهر العيني بموجب الأمر74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري والمراسيم المطبقة له في مسح مجموعة من البلديات على مستوى التراب الوطني، لكن هذه العملية لم تتقدم كثيرا نظرا للصعوبات التي اعترضتها مما جعل المشرع الجزائري يتدخل سنة 1983 بسنه للمرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 والذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية وهذا من أجل تشجيع المواطنين الذين يحوزون عقارات لم تشملها عملية المسح بأن يحصلوا على سندات تثبت ملكيتهم[3].

فعقد الشهرة الذي نظمه المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 والذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب للملكية وإعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية، جاء لأجل تطهير الملكية العقارية في بلادنا.

---

[1] حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص35.
[2] ستكون دراستنا لعقد الشهرة دراسة تاريخية فقط لمعرفته المراحل التي مر بها إعمال التقادم المكسب في التشريع الجزائري وذلك كون أن هذا المرسوم ألغي بموجب الآمر 02/07 المتضمن التحقيق العقاري الذي سنتناوله بالدراسة لاحقا.
[3] حمدي باشا عمر: محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر،2001، ص 14.

وبما أن عقد الشهرة جديد في التشريع الجزائري إذ أنه كان في الفترة الممتدة قبل صدور هذا المرسوم لا يمكن أن يعتد بالتقادم المكسب كسبب من أسباب الكسب إلا عن طريق التمسك به أمام القضاء[1].

ومنه يمكن القول أنه بصدور هذا المرسوم أصبح يمكن أن يتمسك بالتقادم المكسب بطريقين، إما عن طريق المطالبة القضائية[2] وإما عن طريق إعداد عقد الشهرة والذي حل محله إثبات التقادم المكسب عن طريق التحقيق العقاري.

تنص المادة الأولى من المرسوم 352/83 على :"**كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المذكور أعلاه عقارا من نوع ملك، حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوبة بلبس، طبقا للأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا بمقدر شهرة يتضمن الإعتراف بالملكية**" .

بالرجوع إلى نصوص المرسوم 352/83 وكذا المناشير و التعليمات الصادرة عن الهيئات الإدارية صاحبة الاختصاص، وذات العلاقة بهذا الموضوع، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الشهرة، وبالتالي كان لزاما علينا البحث على تعريف له من خلال اجتهادات فقهاء القانون.

يعرف الأستاذ حمدي باشا عمر عقد الشهرة على أنه: "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه، تتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب ،وبناءا على تصريح طالب العقد"[3].

ومن خلال هذا التعريف لعقد الشهرة يمكننا إستخلاص مايلي:

---

[1] باهي مراد: مقال بعنوان التنظيم القانوني لعقد الشهرة، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد1، ماي 2005، ص 20.

[2] المطالبة القضائية وسيلة أخرى للتمسك بالتقادم المكسب، وسوف نتناولها بالتفصيل في الفرع الموالي.

[3] حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص 17.

← عقد الشهرة عبارة عن محرر رسمي[1]، لذلك أستعمل مصطلح "محرر"، ولم يستعمل مصطلح "عقد" وذلك لإختلاف المدلولين، وكذلك للآثار القانونية المترتبة على كل منهما.

← إن عقد الشهرة يحرره الموثق[2] باعتباره الضابط العمومي الوحيد المكلف قانونا بإعداد هذا النوع من العقود وهذا بموجب قواعد الاختصاص الموضوعي للضابط العمومي.

← عقد الشهرة لا بد أن يكون بناءا على تصريح طالبه، إذ لا يعقل أن يقوم الموثق بإعداد عقود شهرة على عقارات معينة دون طلب من أصحابها، وبالتالي يكون للشخص الذي يحوز عقارا معينا وفق الشروط القانونية المطلوبة أن يتقدم إلى الموثق طالبا منه إعداد عقد الشهرة[3].

←عقد الشهرة يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب، فمن تمكن من إثبات حيازة قانونية وصحيحة على العقار محل الطلب شهادة الشهود فإنه يمكن له الاستفادة من عقد الشهرة والذي يشهر بالمحافظة العقارية ويسجل.

فالحائز الذي يحوز عقارا حيازة قانونية مستوفية لجميع شروطها، يتقدم من الموثق طالبا تحرير عقد شهرة على العقار الذي يحوزه، وهنا يقوم الموثق بتحديد وضعية العقار القانونية كما يقوم بنشر إعلان طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق لصقه في مقر البلدية التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار وكذلك على صفحات جريدة معينة لمدة أربعة أشهر وهذا طبقا للمادة 4 من المرسوم 83/352[4].

نشير هنا إلى إشكال مهم بخصوص عقد الشهرة وهو مدى إمكانية الطعن فيه دون الاعتراض على تحريره بعد مضي أربعة أشهر المنصوص عليها قانونا؟

المحكمة العليا في اجتهاد سابق لها صادر عن الغرفة المدنية قد اعتبرت عدم الاعتراض على تحرير العقد في خلال مدة أربعة أشهر يحصل العقد محصنا ولا يمكن الطعن فيه بعد ذلك أمام القضاء، غير أنها تراجعت بعد ذلك وأكدت باجتهاد آخر أنه يمكن الطعن في عقد الشهرة

---

[1] المشرع الفرنسي إستعمل لفظ:Act de ومعناه محرر، بينما المشرع الجزائري إستعمل لفظ contrat.
[2] بموجب الأمر 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري أصبح المحقق العقاري هو السلطة المخول لها إعداد هذا المحرر بدلا من الموثق و سمي بسند الملكية.
[3] باهي مراد: المرجع السابق، ص 22.
[4] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص 123.

بالبطلان لأنه مجرد عقد تقريري، وأكدت هذا الإجتهاد الثاني الغرفة العقارية[1] في عدة قرارات قضائية[2].

نخلص من كل ما سبق أنه يمكن أن يكون التقادم المكسب للملكية أساسا للتملك وذلك عن طريق إعداد عقد الشهرة، وذلك في الفترة الممتدة بين تاريخ صدور المرسوم 352/83 أي سنة 1983 إلى غاية 2007، أين صدر قانون التحقيق العقاري والذي جاء بإجراءات مغايرة تماما لما كان معمولا به بموجب هذا المرسوم.

ثانيا: شهادة الحيازة

إن الوضع المزري الموروث عن المستعمر الفرنسي والمتمثل في قلة الأراضي التي لها عقود ملكية موثقة جعل المشرع الجزائري يتدخل مرة ثانية – بعد تدخله سنة 1983 – بنسنه لسند جديد هو شهادة الحيازة و ذلك سنة 1990.

حيث قصد المشرع به حل المشاكل العديدة والخاصة بالاستغلال العشوائي وغير المشروع للأراضي[3]، كون أن الفترة الممتدة بين 1962 إلى غاية 1990 تعتبر فترة فوضى عقارية لم يستطع المشرع التحكم فيها، وبالتالي كان لزاما عليه التدخل في كل مرة من أجل ضبط الأمور وتحديد السياسة العقارية المنتهجة من قبله بدقة.

حيث تنص المادة 39 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري على: "**يمكن لكل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1976، يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلنية أن يحصل على سند حيازي يسمى"شهادة الحيازة" وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي**".

يتبين لنا من نص المادة 39 أن شهادة الحيازة هي سند حيازي يسلم من قبل رئيس البلدية المختص إقليميا لكل حائز بمفهوم المادة 823 من القانون المدني الجزائري بشرط أن يكون العقار محل طلب شهادة الحيازة من نوع ملك وفي منطقة غير خاضعة للمسح، ولا تسلم هذه الشهادة في الأراضي غير الممسوحة ولكن لديها عقود مشهورة.

ولقد نصت المواد اللاحقة على الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب أن تتوفر في العقار المعني وفي الشخص طالب هذه الشهادة، ثم صدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ

---

[1] آخر إجتهاد عقاري مكرس في القرار رقم 541 150 المؤرخ في 29 مارس 2000 الصادر عن الغرفة العقارية ، أنظر في ذلك:حمدي باشا عمر:القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 280.

[2] حمدي باشا عمر، ليلى رزوقي: المرجع السابق، ص 55.

[3] سماعين شامة: النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 57.

27 جويلية 1991 الذي جاء تطبيقا للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري والذي ضبط بدقة إجراءات طلب وإعداد وتسليم شهادة الحيازة.

غير أن المرسوم 254/91 –وخلافا للمادة 39 من القانون 25/90 والذي أحال على القانون المدني فيما يتعلق بشروط الحيازة– نص في المادة الثانية منه أن طلب الحيازة يكون ممن يمارس الحيازة طبقا لأحكام المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية أي لمدة سنة وهي مدة قصيرة خاصة مع الآثار الهامة التي يمكن أن ترتبها هذه الشهادة[1]، وشهادة الحيازة هذه تختلف عن عقد الشهرة إذ تعتبر إسمية ولا يجوز التصرف فيها[2] إذ تنص المادة 42 من القانون 52/90 ما يلي: "شهادة الحيازة اسمية لا يجوز بيعها".

وكل ما يهمنا نحن– وبما أننا بصدد دراسة التقادم المكسب – هو آثار هذه الشهادة، و التي يمكن إيجازها في النقاط التالية:

← إمكانية الحائز الحصول على رخصة البناء أو التجزئة في العقار موضوع شهادة الحيازة وهذا خلافا لنص المادة 50 من قانون التوجيه العقاري والتي تربط حق البناء بملكية الأرض[3].

← يمكن للحائز توقيع رهن عقاري صحيح من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض لضمان القروض الممنوحة له من أجل البناء أو الاستثمار في العقار حسب نصالمادة 44 من القانون 25/90.

---

[1] حمدي باشا عمر، ليلى زروقي: المرجع السابق، ص 77.
[2] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص 124.
[3] حمدي باشا عمر، ليلى زروقي:المرجع السابق الذكر، ص 79.

← ولعل أهم أثر ترتبه شهادة الحيازة – والذي يهمنا نحن– هو الاحتجاج بالتقادم المكسب من أجل التصفية النهائية للوضعية القانونية للعقار[1]، حيث الحائز الحاصل على شهادة الحيازة لا يتم التحقيق في حيازته ويعتبر حائزا حسن النية بسند يمكن له أن يكتسب العقار بالتقادم، ويقتصر دور المساح في التحقيق في هوية الحائز.

وعلى هذا فإن شهادة الحيازة قد تكون هي أيضا أساسا للتملك إذا استكمل الحائز المدة القانونية التي تمكنه من التملك عن طريق التقادم المكسب، إذ يمكنه التوجه بعد ذلك إلى الموثق من أجل إعداد عقد الشهرة.

وسنشير هنا أن شهادة الحيازة تشهر أيضا، ولكن وفقا لنظام الشهر الشخصي على أساس أن العقار محل إعداد شهادة الحيازة واقع في منطقة غير ممسوحة.

الفرع الثالث: التقادم المكسب كأساس للملكية عن طريق المطالبة القضائية

بعد أن تناولنا مجال إعمال التقادم المكسب في الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد المسح، ثم إعماله عن طريق إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية وعرفنا كذلك كيف يمكن للحائز الذي يستند في حيازته إلى شهادة الحيازة أن يتمسك بالتقادم المكسب عند الشروع في عملية المسح.

نصل الآن إلى المجال الثالث لإعمال التقادم المكسب، وهو التملك بالتقادم المكسب الذي يثبته حكم قضائي لفائدة الحائز.

فيمكن للحائز الذي يحوز العقار حيازة قانونية مستوفية لشروطها أن يرفع دعوى قضائية – دعوى الإستحقاق– ضد الشخص الذي ينازعه في حيازته على أساس المادة 827 من القانون المدني الجزائري[2].

وفي هذه الحالة يجب على القاضي الذي يطرح أمامه النزاع أن يعاين الملف التقني الذي يلزم المدعي بإحضاره والمتمثل في:

1–مخطط للملكية معد من طرف خبير معتمد، سواء كان الخبير عقاريا أو مهندسا معماريا أو خبير قياسات،... وهذا من أجل التأكد من مساحة العقار بدقة واحترام الملكيات والارتفاقات المجاورة إن وجدت.

2–شهادة من البلدية تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية واحتياطاتها العقارية.

---

[1] سماعين شامة:المرجع السابق، ص 64.

[2] حميدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 38.

3–شهادة من إدارة أملاك الدولة تثبت الطبيعة القانونية والتي أشرنا أنها لا بد أن تكون نوع ملك، وليست أرض تابعة للدومين الخاص أو الدومين العام.

4–شهادة من المحافظة العقارية تثبت أن العقار محل النزاع ليس له أصل مشهر كأن يكون لديه عقد شهرة مثلا.

ويستحسن أن ينتقل القاضي إلى عين المكان للاستماع إلى إفادات الملاك المجاورين لأنهم أدرى وأوثق من الشهود الذين قد يجلبهم المدعي[1].

وإذا نجح المدعي في استصدار حكم لصالحه يثبت الملكية عن طريق التقادم المكسب فإنه يجب على المدعي شهره في مجموعة البطاقات العقارية حتى تنتقل إليه الملكية[2] طبقا للمادة 793 من القانون المدني الجزائري والمواد 15و16 من الأمر 74/75.

إلا أنه لوحظ في الحياة العملية قيام بعض المحاكم برفض الدعاوى التي ترفع من قبل المتقاضين الذين يطالبون بتثبيت ملكيتهم على أساس التقادم المكسب بحجة أن التقادم مرهون بإجراء عقد الشهرة.

فهذا الرأي يعتبر رأيا غير سليم[3] وليس له أي أساس أو سند قانوني.

والمحكمة العليا أكدت ذلك في القرار رقم 180876 المؤرخ في 1998/09/30 حيث جاء

---

[1] جمال بوشنافة :المرجع السابق، ص 38.

[2] المرجع نفسه، ص231.

[3] لا يوجد ما يبرر رفض بعض المحاكم للدعاوى القضائية الرامية لإثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب و دفع المتقاضين إلى إعداد عقد شهرة على أساس أن الحكم القضائي هو أيضا وسيلة أخرى لإثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب، أنظر ذلك مراد باهي: المرجع السابق، ص20.

– جمال بوشنافة: المرجع السابق الذكر، ص232

– حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص39.

فيه:" حيث أن قضاة الاستئناف بجعلهم التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة والحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساؤوا تطبيق القانون فافقدوا قرارهم الأساس القانوني"[1].

وخلاصة ما نصل إليه، أن الحكم القضائي يعتبر بمثابة السند الرسمي المثبت للملكية، بل حجته القانونية تسمو فوق حجية عقد الشهرة الذي سبق وأن قلنا أنه يمكن أن يكون محل الطعن فيه بالبطلان على خلاف الحكم القضائي النهائي فهو سند رسمي قطعي لا يمكن إثبات عكسه.

وبالتالي فقد يكون التقادم المكسب مستندا إلى حكم قضائي نهائي يجعل صاحبه في صفة المالك، إذا ما كان هذا الحكم نهائيا ومشهرا على مستوى المحافظة العقارية.

الفرع الرابع: التقادم المكسب كأساس للملكية نتيجة لإجراء التحقيق العقاري

يعتبر القانون 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والمرسوم التنفيذي 147/08 أحدث قانون جاء به المشرع الجزائري في مجال إعمال التقادم المكسب كأساس لكسب الملكية.

فلقد حاول المشرع الجزائري بسنه لهذا القانون وضع حد للمشاكل الذي سببها المرسوم 352/83 المتضمن عقد الشهرة، هذا الأخير الذي أحدث اضطراب في المعاملات العقارية، إذ أصبح من السهل تحرير عقد الشهرة لدى الموثق، والذي يكون في كثير من الأحيان واقع على عقارات مملوكة للدولة، وعلى أراضي حبوس أو على أراضي لها سندات مشهرة لصالح الغير.

فقانون التحقيق العقاري يهدف إذن إلى تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية للحائزين الذين يثبتون أنهم يحوزون العقار أو الحق العيني حيازة قانونية مستوفية لجميع شروطها القانونية، كما نصت على ذلك المادة الأولى من هذا القانون.

كما تقضي المادة الثانية أن إجراء معاينة حق الملكية يكون فقط على العقارات التي لم تشملها بعد عمليات المسح المنصوص عليها بالأمر 74/75، وذلك كما كان الشأن بالنسبة لعقد الشهرة، حيث وبمفهوم المخالفة فإن العقارات الممسوحة والتي لها سندات مشهرة وفقا نظام الشهر العيني لا يمكن تملكها بالتقادم المكسب عن طريق إجراء التحقيق العقاري.

وتتمثل إجراءات التحقيق العقاري أن كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على العقار يمكنه طلب فتح تحقيق عقاري على مستوى المحافظة العقارية محل موجود العقار، تنتهي بتسليمه سندا للملكية، حيث تنص المادة 4 من هذا القانون على: " **يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على عقار، سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر، أو يحوز سند**

---

[1] حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، المرجع السابق، ص277.

ملكية كما هو مبين في المادة 2 من هذا القانون، أن يطلب فتح تحقيق لمعاينة حق ملكيته وتسليمه سند الملكية ".

وتشترط المادة 3 من المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 19 ماي 2008 أن يحتوي الطلب على معلومات كافية حول هوية مقدم الطلب الكاملة وعنوانه وصفته القانونية التي يحوز بها العقار، ويحدد في طلبه كل الحقوق والأعباء والارتفاقات الموجودة على العقار.

وكذلك يرفق بالطلب مخططا طوبوغرافيا للعقار وبطاقة وصفية للعقار يحددها صاحب الطلب.

ويتولى مهمة القيام بإجراءات التحقيق العقاري شخص يعينه مسؤول الحفظ العقاري المختص إقليميا، ويسمى المحقق العقاري، كما نصت على ذلك المادة 9 من الأمر 02/87.

وتنص المادة 7 من الأمر 02/07 على أن عملية التحقيق العقاري يمكن أن تكون جماعية تشمل عدة أشخاص، وتتخذ بناء على قرار من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث تحدد المادة 7 من المرسوم 147/08 أجل 15 يوما كأجل أقصى لإيداع الأشخاص المعنيين للوثائق المطلوبة على مستوى إدارة الحفظ العقاري.

وتتمثل مهمة المحقق العقاري في انتقاله إلى مكان العقار، من أجل تلقي تصريحات المعني والتحقق من ظروف حيازته حيث يقوم بكل التحريات والتحقيقات لإثبات ملكية صاحب الطلب.

فبعد الانتهاء من عملية التحقيق، يقوم المحقق العقاري بتحرير محضر بذلك تدون فيه نتائج التحقيق الذي توصل إليه.

ويمكن للغير تقديم اعتراضاته واحتجاجاته بخصوص محضر التحقيق والتي تدون في سجل خاص مفتوح لهذا الغرض كما تنص المادة 11 من الأمر 02/07.

وفي حالة وجود نزاع بين شخصين أو أكثر فإن نتائج التحقيق العقاري تعتبر موقفة إلى حين لجوء الأطراف إلى العدالة واستصدار حكم قضائي يفصل في النزاع المثار.

وفي الأخير إذا نتج عن تحليل التصريحات والأقوال والشهادات، وكذا الوثائق المقدمة والتحريات التي قام بها المحقق العقاري، أن صاحب الطلب يمارس حيازة من شانها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا لأحكام القانون المدني فإنه يعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق ويسلم للمعني سند الملكية يكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب المرسوم 147/08.

نستنتج من خلال ما سبق أن معاينة حق الملكية العقارية وتسلم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، إجراء جاء به المشرع الجزائري كوسيلة أخرى تحل محل عقد الشهرة والذي توقف العمل به منذ صدور هذا القانون.

وبالتالي تعتبر هذه الإجراءات التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب هذا القانون مجالا آخر لإعمال التقادم المكسب تضاف إلى إجراءات المطالبة القضائية.

ونشير في الأخير أن سند الملكية الذي يكون نتاجا عملية التحقيق العقاري يشهر وفق نظام الشهر الشخصي، وذلك إلى غاية إتمام إجراءات المسح المنصوص عليها بموجب الأمر 74/75، حيث بعد ذلك يرقم العقار ترقيما نهائيا يسلم إثره الدفتر العقاري [1] كما نصت على ذلك المادة 12 من المرسوم 63/76.

---

[1] لابد من التفرقة بين سند الملكية المنصوص عليه بموجب المادة 4 من الأمر 02/07 وبموجب المادة 21 من المرسوم 147/08 والذي يكون نتيجة إجراء عمليات التحقيق العقاري وبين الدفتر العقاري النصوص عليه بموجب المادة 18 من الأمر 74/75 والذي يكون نتيجة بعد لإنهاء عمليات المسح.

المطلب الثاني: مدى الأخذ بنظام التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني

إن من بين أهم المبادئ الركيزة التي يقوم عليها نظام الشهر العيني هو مبدأ القوة الثبوتية للشهر ومبدأ حضر تملك الحقوق المشهرة بالتقادم المكسب.

فمبدأ القوة الثبوتية للشهر معناه نشوء قرنية قاطعة للملكية لا تقبل إثبات العكس، ويصبح صاحب الحق في مأمن من كل دعوى قد ترفع ضده، لأن الشهر يطهر التصرف من كل عيب[1].

ومبدأ حظر تملك العقار المشهر بالتقادم المكسب معناه أن الحائز هو المالك الفعلي للعقار المشهر، ولا يمكن للغير وضع اليد عليه قصد تملكه فالحق المشهر وفقا لنظام الشهر العيني يجعله مصونا من خطر تملكه بالتقادم، كون أن الزمن لاسيري على الحقوق المسجلة في السجل العيني[2].

ولعل لب إشكالية مذكرتنا هذه منبثقة من هذين المبدأين الهامين، على أساس أن المشرع الجزائري أخذ بالتقادم المكسب كسبب من أسباب الملكية العقارية إلا أنه لم يستثني ما إذا كان التقادم المكسب قد يقع على عقارات مشهرة من ظل نظام الشهر العيني الذي تبناه بموجب الأمر 74/75 أم لا؟

ولقد اختلف الرأي في هذه المسألة بين مؤيد ومعارض، فهناك من جعل مبدأ القوة الثبوتية مبدأ النسبي وبالتالي يتسع نطاق الأخذ بالتقادم المكسب حتى على عقارات لها أصول مشهرة.

و هناك من يأخذ هذا المبدأ على إطلاقه و يجعل التملك بالتقادم المكسب على خلاف الثابت بالسجل العقاري أمر لا يمكن تقبله[3].

لهذا سنحاول من خلال هذا المبحث أن نتناول كل رأي على حدا، ثم نقف على موقف المشرع و القضاء الجزائري في هذه المسألة.

الفرع الأول: نسبية الأخذ بمبدأ الأثر التطهيري للشهر

رغم أن جل التشريعات التي تبنت نظام الشهر العيني تأخذ بمبدأ الأثر التطهيري للشهر و حظر التملك بالتقادم المكسب في ظل هذا النظام، إلا أن بعض الفقه قد ذهب إلى جواز الأخذ بالتقادم[4] الذي يبقى سببا مهما من أسباب كسب الملكية.

---

[1] يسمى هذا المبدأ بمبدأ بالقوة الثبوتية للشهر آو بمبدأ الأثر التطهيري للشهر.

[2] جمال بو شنافة: المرجع السابق، ص 31.30

[3] حسين عبد اللطيف حمدان: المرجع السابق، ص27.

[4] محمد سعد خليفة: الأثر المترتب على الحاكم بعد دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص 74.

إذ يرى أنصار هذا الرأي أنه لا مجال لإلغاء أحكام التقادم المكسب و التي جاء بها القانون المدني طالما أنه لا يزال بالإمكان إعماله[1].

بل هناك رأي يذهب إلى القول بأنه ليس من طبعية السجل العيني ما يوجب حظر التقادم المكسب و استبعاده كسبب من أسباب كسب الملكية، و سند هذا الرأي أن القوة المطلقة للقيد في السجل العيني تتطلب قيد الحقوق العينية الواردة على العقار، إذ يترتب على عدم القيد أن الحق لا ينشأ و لا ينتقل و لا يتغير و لايزول[2].

و مؤدى هذا القول أنه لا يمكن التسليم بمبدأ القوة الثبوتية للشهر العيني ما لم يتم تعميم عملية المسح و إعداد السجل العقاري كما هو الحال في الجزائر.

و لعل هذا الرأي المؤيد لفكرة إعمال التقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر يستند إلى عدة أسانيد هي:

أولا: إن عدم الأخذ بالتقادم من شأنه أنه يؤدي إلى وجود حالات يكون فيها الواقع مخالفا لما هو وارد بالسجل العيني، كحالة غياب أو اختفاء المالك، حيث يكون طبيعيا أن تنتقل الملكية ممن ترك الأرض إلى من وضع اليد عليها، فإذا توفي المالك مثلا والذي قيد حقه، فإن ملكية العقار تنتقل بقوة القانون إلى الورثة، فإذا لم يقيد هؤلاء الورثة هذه الملكية باسمهم فيجوز اكتسابهم بالتقادم[3].

ثانيا: ليس من طبيعة نظام الشهر العيني ما يوجب حظر التقادم المكسب، و إذا قيل بان هناك تعارض بين القوة الثبوتية للشهر و بين الاعتراف بالتقادم المكسب بسبب لاكتساب الملكية، فإن هذا التعارض يمكن إزالته، إذا أشهرت الحقوق الناشئة عن وضع اليد بشرط ألا تؤدي الحيازة إلى إكساب صاحبها ملكية العقار بمجرد انقضاء المدة ،بل يتعين على واضع اليد أن يطلب من إدارة السجل العيني شهر حقه بعد تحقق المحافظ العقاري من ذلك.

ثالثا: بعض الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني و على رأسها ألمانيا و التي كانت سباقة في تبنيه فطبقا لنص المادة 927 قانون مدني ألماني: " [2][4]لا تعتد بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر يسري التقادم ضد المالك المقيد إذ توفي أو غاب، شرط أن يستمر وضع اليد ثلاثين سنة، مع استصدار أمر من القضاء[5]."

و لا بأس أن نشير أنه في القانون المصري، كان معمولا بالتقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية دون التمييز ما إذا كان العقار محل وضع اليد له أصل مشهر أم لا، إلا أنه و

---

[1] عصام أنور سليم: المرجع السابق، ص49.
[2] المرجع نفسه، ص 50.
[3] محمد سعد خليفة: المرجع السابق، ص 75.
[4] محمد فريدة زواوي: مقال بعنوان التقادم المكسب و نظام الشعر العيني، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول قسم الوثائق، 2004، ص 123.
[5] محمد سعد خليفة: المرجع السابق الذكر، ص 76.

بمجيء قانون السجل العيني رقم 142 سنة 1964 جعل التقادم أمرا غير مقبول إذا كان واقعا خلافا لما هو ثابت بالسجل العيني، حيث يعتبر هذا القانون ثورة في نظام الشهر[1].

حيث تنص المادة 2/37 من القانون الآنف الذكر على :" **لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل العيني**"[2].

إلا أن هذا الوضع بقي معمولا به إلى غاية تاريخ 1998/06/06 أين قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني و سقوطها من هذا القانون، و بالتالي أصبح معتدا بالتقادم المكسب للملكية بغض النظر عن ما إذا كان الحق الواقع عليه وضع اليد المسجل بالسجل العقاري أم لا[3]، و بالتالي أعيد العمل بالنصوص العامة التي جاء بها القانون المدني المصري و الذي يقر بالتقادم بصفة عامة دون تحديد إذا كان العقار له أصل مشهر أم لا.

و إذا أردنا تقييم هذا الرأي نجده يقوم على اعتبارات موضوعية تهدف بالأساس إلى استقرار المعاملات هذا المبدأ الذي يفرض إمكانية مراجعة مبدأ القوة الثبوتية للشهر، و إلا سوق نجد أنفسنا مجبرين على تغليب الوضع الظاهر الذي يظهر به الحائز المغتصب، على الوضع القانوني الحقيقي للمالك الغائب.

و كذلك نجد أن طبيعة بعض الأملاك تفرض علينا التسليم بنسبية الأخذ بمبدأ القوة الثبوتية للشهر، و مثال ذلك في الأملاك الوطنية و الأملاك الوقفية[4] التي تخرج عن دائرة التملك بالتقادم أصلا، فإذا سلمنا بالأخذ بهذا المبدأ على طلاقه فإنه ستحدث خروقات و انتهاكات جراء تملك عقارات الدولة و الحبوس، دون إمكانية إستردادها في حالة ما إذا تم وضع اليج عليها وشهرها.

---

[1] عصام أنور سليم: المرجع السابق، ص 42.

[2] المادة 2/37 من القانون رقم 142 لسنة 1964 المتعلق بالسجل القضائي العيني المصري أنظر في ذلك: محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 28.

[3] عصام أنور سليم: المرجع السابق الذكر، ص 56.

[4] قد يتم شهر مقل هذه الحقوق سهوا أو تواطأ من طرف المحافظ العقاري الذي يصعب عليه أحيانا التحقيق في طبيعة العقارات، خاصة مع مناورات الأشخاص.

و بالتالي فإن الأخذ بالأثر التطهيري للشهر ليس معناه أن لا أهمية للسجل العيني و لمسح الأراضي، بل الهدف من ذلك هو حماية أملاك الدولة العامة و الخاصة و الأملاك الوقفية من نصب الأشخاص، و كذلك حماية الملاكين الفعليين من خطر تعرض أملاكهم للتملك بالتقادم[1].

و كما تقول الدكتورة محمد فريدة زواوي: " فإن شهر الحق ليس سندا قطعيا على الملكية بل يمكن إثباته عكسه طالما لم يترتب حقوق للغير اعتمادا على ذلك، و هذا لا يعني اهدار للحق المشهر بل هو عدم إهدار حق معارض قائم على أساس قانوني صحيح، و أوافق الرأي القائل بأن السجل العيني لا يمكن أن يقوم على إهدار الحقوق"[2].

الفرع الثاني: حظر أعمال التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر

يرى جانب آخر من الفقه على ضرورة الإبقاء على مبدأ حظر التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني[3] على أساس أن مبدأ القوة الثبوتية يعتبر من بين أهم المبادئ التي تقوم عليها هذا النظام.

و لعل الحكمة من ذلك أن الأخذ بالتقادم المكسب كطريق لكسب الملكية إلى جانب إعمال نظام الشهر العيني تجعل هذا الأخير غير ذي قيمة، و يزعزع قوة الائتمان العقاري و يعرقل حركة التعامل على العقارات خشية أن تكون هناك من اكتسب حقوقا عينيه على عقارات على خلاف ما هو ثابت بالسجل العقاري، فحجية الشهر تستدعي حتما استبعاد الأخذ بنظام التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني[4].

ولعل أصحاب هذا الرأي يستندون إلى عدة مبررات في ذلك هي:

أولا: إن منطلق نظام الشهر العيني يقضي بعدم الاعتداء بالتقادم المكسب، ما دامت القاعدة أنه لا يعد مالكا إلا الشخص المقيد بالسجل العيني، فلا يمكن لأي شخص أن يصبح مالكا إلا إذا كان بموجب شهر حقه في السجل العيني.
ثانيا: إن الإشهار في السجلات العقارية يقضي بعدم الاعتداء بالتقادم المكسب كطريق مكسب للحقوق العينية، لأن ذلك يؤدي إلى اكتساب الحق بطريق يخف على الغير، آو على الأقل يصعب التحقق منه.

---

[1] محمد فريد زواوي: المرجع السابق، ص 124.
[2] المرجع نفسه، ص 125.
[3] محمد سعد خليفة: المرجع السابق، ص 78.
[4] المرجع نفسه، ص78.

ثالثا: إن التقادم المكسب يعتبر كجزاء فرضة القانون على المالك المهمل الذي يتخلى عن ملكة مدة طويلة منه الزمن و لا يستعمله، لذلك جعل القانون الحائز في مرتبة أحسن و فضله على صاحب الحق المهمل[1].

رابعا: إعمال التقادم المكسب يعد حتمية لإثبات ملكية واضع اليد و الذي تعذر عليه الحصول على سندات سلفه واثبات ملكيتهم، فتتبع سندات السلف يعتبر أمر مستحيلا في غالب الأحيان و ذلك لتعاقب الأجيال و انتشار السندات خاصة إذا كانت إلى أزمنة بعيدة[2].

خامسا: إن الأخذ بالتقادم المكسب في ظل النظام من شأنه أن يجعل البيانات الواردة في السجل العيني غير مطابقة للحقيقة مع ما قد يترتب على ذلك من إهدار للثقة العامة الواجب توافها في هذا السجل العيني، حيث تكشف السجلات عن مالك معين للعقار، بينما تكون الملكية في نفس الوقت لشخص آخر هو الحائز.

وعليه فإن أصحاب هذا الرأي يسلمون بأن لا مجال لإعمال التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني لتعارضهما التام، وأن القول بإعمال التقادم المكسب بعد إقامة السجل العيني يؤدي إلى إهدار الاستقرار الذي يعد من بين أهداف التقادم المكسب نفسه، فيصبح صاحب الحق المشهر مهدد في أي لحظة من خطر ضياع حقه، و هذا يؤدي إلى عدم تحقيق نظام السجل العيني هدفه.

الفرع الثالث: موقف المشرع و القضاء الجزائريين

بعد أن تناولنا في الفرعين السابقين مدى تبني مسألة إعمال التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر عند فقهاء القانون، و رأينا أنه يوجد هناك رأيين في هذا المجال، فمنهم من يرى أن حجية الشهر هي نسبية فقط ومنه يمكن إعمال التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني.

و رأي ثان يرى بأنه لا مجال لإعمال التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني.

في هذا الفرع يكون جدير بنا أن نتناول موقف المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي الجزائري من هذه الفكرة، أي مدى تبني المشرع و القضاء الجزائريين لفكرة إعمال التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني.

---

[1] محمدي فريدة زواوي: المرجع السابق، ص 125.

[2] محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 260.

أولا: موقف المشرع الجزائري

قبل أن نرى موقف المشرع الجزائري من مسالة إعمال التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، لا بأس أن نحاول الوقوف على بعض النصوص القانونية لبعض التشريعات العربية المقارنة لنرى موقفها هي أيضا.

عند تفحصنا لكثير من التشريعات العربية، نجد أن النصوص القانونية المتضمنة لمسألة التقادم المكسب– سواء في القانون المدني أو في بعض القوانين الخاصة– نجدها تنص صراحة على مبدأ حظر إعمال التقادم المكسب على الحقوق المشهرة[1].

ففي التشريع السوري تنص المادة 917 قانون مدني سوري على: " **من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل في السجل العقاري كان له أن يكسب ملكية ذلك العقار**"، و تنص المادة19 من القرار الخاص بالسجل العقاري رقم 188 الصادر في 1926/03/15 على: " **مرور الزمن لا يعترض على الحقوق المسجلة في السجل العقاري**"[2].

و في القانون الليبي تنص على المادة 73 من قانون التسجيل العقاري الصادر في 1965/09/24 على ما يلي: " **لا يجوز الاستناد إلى الحيازة و وضع اليد في الإدعاء بملكية العقارات التي اتخذت بشأنها إجراءات الملكية و صدرت عليها سندات مؤقتة أو قطعية....**"[3]

و في القانون العراقي تنص المادة 11/8 من القانون المدني العراقي على أن:"**من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره ملكا له أو حاز حقا عينيا غير مسجل على العقار و استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشر سنة لا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك، أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي...**"[4].

---

[1] جمال بو شنافة: المرجع السابق، ص 57.

[2] محمد علي الأمين: المرجع السابق، ص 316.

[3] حسن عبد اللطيف حمدان: المرجع السابق، ص 64.

[4] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، المرجع السابق، هامش ص 994.

في القانون اللبناني تنص المادة 225 من قانون الملكية العقارية الصادر في 1930/11/12 على: "**لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري**"[1].

و في القانون الأردني تنص المادة 05 من القانون05 لسنة 1958 على: " **لا يسري مرور الزمن أو التقادم على أموال غير منقولة تحت التسوية فيها**"[2].

و في القانون المغربي ينص الفصل 63 من الظهير المغربي الصادر في 1913/06/12 بشأن التحفيظ العقاري على:" **إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل إسمه و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة بإسم المالك**"[3].

و في القانون المصري تناول قانون السجل العيني المصري رقم 142 لسنة 1964 مبدأ حظر التقادم على خلاف الثابت في السجل العيني، إذ تنص المادة 13 من قانون السجل العيني على:" **لا تثبت الحقوق على أساس وضع اليد إلا إذا لم يكن في المحررة المشهرة ما يناقضها**"[4].

و في قانون الشهر العقاري التونسي في الفصل 307 منه أن:" **ليس لأحد أن يتمسك بالحوز مهما طالت مدته، و يختص حاكم الناحية بالحكم بكف الشغب الحاصل في الانتفاع بعقار مسجل**"[5].

من خلال إطلاعنا على كل هذه النصوص نجد أن جل التشريعات العربية التي تبنت نظام الشهر العيني تضع نصوصا صريحة تحظر إعمال التقادم المكسب على حقوق لها أصول مشهرة.

---

[1] حسين عبد اللطيف حمدان: المرجع السابق، ص 146.

[2] المرجع نفسه: ص 146، 147.

[3] جمال بوشنافة: المرجع السابق، هامش ص 57.

[4] المحكمة الدستورية المصرية نصت على عدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني المصري الذي نص على حظر التقادم المكسب بالنسبة للحقوق المقيدة، و لقد تمت الإشارة إلى ذلك سابقا أنظر في ذلك: محمد سعد خليفة: المرجع السابق ص55.

[5] محمد خلفوني: المرجع السابق، ص50.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم نجد أن المواد المتعلقة بالتقادم المكسب سيما المواد 821، 827، 829 منه تنص على أن التقادم المكسب يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية و الحقوق العينية الأخرى و لكن دون أن تميز فيما إذا كان الحق محل وضع اليد له أصل مشهر أم لا، و بالتالي جاءت هذه النصوص عامة[1].

بعد صدور القانون المدني تلاه مباشرة صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأرض العام و تأسيس السجل العقاري و الذي تبنى رسميا نظام الشهر العيني ثم المرسومين التنفيذيين المطبقين له، مرسوم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي، المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فلا نجد في نصوص الأمر 74/75 و لا في نص المرسومين 62/76 و 63/76 المطبقين له ما ينص على عدم إمكانية تملك الحقوق العينية المشهرة بالتقادم[2].

فالقانون المدني– و الذي هو بمثابة الشريعة العامة –جاءت مواده عامة تقضي بأن التقادم المكسب بتوافر شروطه يكسب الحائز ملكية العقار، دون أن تفرق بين العقار المشهر و العقار غير المشهر.

ثم الأمر74/75 و الذي تبنى نظام الشهر العيني لم يحسم الأمر ويزيل اللبس الذي تثيره نصوص القانون المدني.

و نحن نعلم أنه في حالة عدم وجود نص في قانون خاص ينظم مسألة معينة فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

بالنسبة للمرحلة بين 1983 و 2007 :

بقي الوضع على هذا الحال إلى سنة 1983، أين تدخل المشرع الجزائري بنص جديد في هذا المجال، و هو المرسوم التنفيذي 352/83 المؤرخ في 1983/05/27 الذي يبين إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد شهرة للاعتراف بالملكية أين حاول المشرع استدراك التناقض الذي وقع فيه من خلال نصوص القانون المدني التي تجعل التقادم المكسب وارد على أي عقار سواء كان ممسوحا أو غير ممسوح ونصوص الأمر 74/75 المتضمن للشهر العقاري، أين تبنى نظام الشهر العيني الذي يأخذ من مسح الأراضي أساسا ماديا له.

---

[1] نفس الشأن بالنسبة للقانون المدني المصري و الذي تقضي المادة 968 منه على غرار وضع اليد المكسب للملكية دون تحديد طبيعة هذا الحق فيما إذا كان مشهر أم لا.
[2] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص 58، 59.

فالمرسوم 352/83 أقر إمكانية تملك عقار من نوع ملك عن طريق التقادم المكسب في المناطق التي لم تشملها بعد عمليات المسح، و بمفهوم المخالفة فإن الأراضي التي شملتها عملية المسح أي التي لم يطبق فيها نظام الشهر العيني لا يمكن أن تكون محلا للتملك عن طريق التقادم المكسب[1].

إلا أننا نرى بأن محاولة المشرع باستدراك الوضع و إصدار للمرسوم 352/83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة لم يحسم المسألة و لذلك لأمرين :

الأمر الأول: الاستثناء و التخصيص الذي جاء به المشرع و الذي حصر من خلاله مجال إعمال التقادم المكسب على الأراضي غير الممسوحة فقط دون الأراضي الممسوحة جاء به مرسوم تنفيذي، في حين أن النصوص العامة في هذا المجال و التي هي نصوص القانون المدني و القانون 74/75 لم تورد هذا الاستثناء، و عليه – و كما هو معلوم– و تماشيا مع مبدأ توازي الأشكال، فإن القاعدة القانونية التي تستمد بموجب أمر لابد أن تسمو على القاعدة التي تستمد بموجب مرسوم، و بالتالي فإننا نرى أنه كان الأصح للمشرع الجزائري إما أن يتدخل بموجب قانون مستقل يمكن من خلاله وضع استثناء على ما جاءت به مواد القانون المدني، و إما إدراج تعديل في مواد القانون المدني سيما المواد 827، 828، 829 منه ، و إما إدراج على الأقل النص صراحة على هذا المبدأ في نصوص الأمر 74/75.

الأمر الثاني: إن المشرع الجزائري بموجب المرسوم 352/83 استثنى العقارات الممسوحة من مجال إعمال التقادم المكسب للملكية و التي تكون خاضعة لنظام الشهر العيني، إلا أن هذا النص في حد ذاته يثير غموضا من زاوية أخرى كون أن تجد عقارات لم تشملها بعد عملية المسح إلا أن لها سندات مشهرة في ظل نظام الشهر الشخصي، ومثال ذلك أن تقع الحيازة على عقار مملوك للغير لم تشمله بعد عمليات المسح إلا أن مالكه يستظهر سندا مشهرا وفقا لنظام الشهر الشخصي، فهل يمكن أن يكون مثل هذا العقار محلا لإعمال التقادم المكسب؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي من التفرقة بين العقار الممسوح وفقا للأمر 74/75 المتضمن الشهر العقاري، و هذا هو المقصود بموجب المادة 01 من المرسوم 352/83 و بين مخططات المسح القديمة التي يشار إليها في بعض السندات للتفريق بينها و بين غيرها من المخططات كالمخطط الطوبوغرافي و التي تعود إلى الفترة الاستعمارية و التي لا تعني إطلاقا الإشهار العيني.

[1] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص59.

و عليه فإن العقار الذي له سند مشهر مسبقا، في إطار نظام الشهر الشخصي لا يستبعد من مجال التملك بالتقادم[1] و ذلك لأنه يوجد في القانون ما يمنع و ذلك سواء في نصوص القانون أو في نصوص الأمر 74/75 أو في المرسوم 352/83.

كل ما سبق يجعلنا نسلم أن المشرع الجزائري يقر بإمكانية اكتساب الملكية العقارية بالتقادم و ذلك حتما بالنسبة للمناطق التي يطبق بنشأتها الأمر 74/75 و الرسومات التنفيذي أن الطبقان له و ذلك لخلوهما من نص صريح ليمنع ذلك.

كل هذا كان هذا بالنسبة للفترة الممتدة من 1975 إلى غاية [2]2007 إلى أن صدر الأمر 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 الذي يتضمن تأسيس إجراء معانيه حق الملكية العقارية و تسلم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري و الذي يعتبر القانون الأحدث في هذا المجال.

بعد صدور الأمر 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء معانيه حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري و الذي تكلمنا عنه آنفا فهو لم يحسم الجدل القائم و لم يأت بالجديد، و لم يوضع حل للمشاكل العالقة التي خلفها إعمال المرسوم 352/83 المتعلق بعقد الشهرة.

فالأمر 02/07 و الذي كان من المنتظر منه أن يضع حلا لإشكالية إعمال التقادم المكسب في مواجهة أصحاب الحقوق المشهرة لم يفعل، و إنما فقط نقل اختصاص إعداد عقد الشهرة من الموثق إلى المحافظ العقاري.

---

[1] يكون التملك بالتقادم عن طريق إجراءات التحقيق العقاري التي حلت محل إعداد عقد الشهرة آو عن طريق المطالبة القضائية.

[2] جمال بوشنافة: المرجع السابق، ص 59 .

الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري

إن الفراغ القانوني الذي وقع فيه المشرع الجزائري من خلال عجزه عن حسم مسألة تملك العقارات المشهرة بالتقادم جعل الاجتهاد القضائي الجزائري على مستوى المحكمة العليا و مجلس الدولة يتدخل لحسم المسألة و إيجاد حلول لها، حيث انقسم اتجاه الإجتهاد القضائي الجزائري إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول:

هذا الاتجاه يرى بأنه لا يمكن لواضع اليد على عقارات أن يكتسبها بالتقادم المكسب و ذلك مهما طال أمد هذا الوضع، و ذلك لأن المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 و هذا النظام يقوم على مبدأ أساسي وهو القوة الثبوتية للشهر، و لأن الحيازة قرينة على الملكية و الملكية ثابتة بالشهر، وكسب الملكية و هذه الحالة يفقد الشهر قوته الثبوتية[1].

هذا الاتجاه تبنته الغرفة الإدارية[2] للمحكمة العليا في قراراها الفردي رقم 129947 [3] الصادر بتاريخ 1998/03/09، و الذي جسدت فيه عدم إمكانية تملك العقارات المشهرة بالتقادم المكسب، و خلص إلى أنه لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي و مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب، والعقار الذي ليس له مالك بسند رسمي هو الذي يكون محلا للتقادم المكسب حيث جاء فيه: " لكن حيث وكما دفع المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 352/83 يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي و مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 1898/06/03 بحيث أن طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند و قد تنازلت الدولة آنذاك أي في سنة 1898 لفائدة الشاغلين.

و عليه فإن رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسسا لأن المرسوم 352/83 السابق الذكر، يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأملاك التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري و عليه فإن القرار قد أصاب فيما قضى به" .

وتتلخص وقائع القضية في أن المستأنفين قد تقدما إلى الموثق بمدينة ميلة بطلب يتعلق بإجراءات شهر سند الملكية إسنادا إلى الحيازة التي دامت أكثر من 33 سنة باعتبارها سببا لملكيتها، وتبعا لذلك فقد قام الموثق بتحريرهذا السند –عقد الشهرة– ولما قدما إلى المحافظ العقاري لمدينة ميلة صرح برفض إشهار هذا السند مستندا في ذلك إلى أنه و بعد تلقيه المحرر المراد شهرة وخلال تفحصه له تبيين له أن العقار له مالك بسند مشهر بالمحافظة العقارية.

---

[1] حمدي باشا عمر: نقل المكية العقارية، المرجع السابق، ص 40.

[2] الغرفة الإدارية تحولت إلى مجلس الدولة بموجب القانون العصري 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة.

[3] مجلة الموثق، دورية متخصصة، العدد 06 أفريل 1999.

واستند في ذلك إلى أحكام المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/27 المتعلق بإعداد عقد المشهرة فهو لا يطبق على العقارات التي لها سندات رسمية مشهرة لدى المحافظة العقارية.

رفع المستأنفان دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة وتمسكا أمامها بأنهما يحوزان منذ أكثر من 33 سنة دارا مشيدة على قطعة أرضية، و وفقا لأحكام المادة 827 من القانون المدني الجزائري و المرسوم 352/83 فإنهما أصبحا يملكان هذا العقار إسنادا إلى الحيازة باعتبارها سببا للملكية فمن حقهما إذن إشهار سند ملكيتهما، و أن المحافظ العقاري عندما رفض هذا الإجراء يكون متجاوزا للسلطة مما ينبغي إلغاء قرار الرفض و القضاء لشهر السند.

في حين تمسك المستأنف عليه برفض طلب إشهار المحرر استنادا إلى أن العقار محل الإشهار له سند رسمي مشهر.

إنتهت الدعوى بصدور قرار من الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قضت فيه بتأييد القرار المستأنف و أستندت في أسبابها إلى ما يلي : " حيث و كما دفع به المستأنف عليه فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم المشار إليه أعلاه يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي ومشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 1898/06/03 و حيث أن طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند و قد تنازلت الدولة عليها آنذاك سنة 1898 لفائدة الشاغلين لها، و عليه فإن رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسسا لأن المرسوم 352/83 السالف الذكر يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأملاك التي لم تتم فيها بعد عمليات المسح و تأسيس السجل العقاري و عليه فإن القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى".

فبالنسبة للغرفة الإدارية لمجلس القضاء ميلة فقد رفضت الدعوى المرفوعة ضد المحافظة العقارية بميلة تأسيسا على المرسوم 352/83 حسب نص مادته الأولى.

و بالنسبة للغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا –مجلس الدولة حاليا– فإنها أيدت القرار المستأنف و بالتالي رفض الدعوى المرفوعة ضد المحافظ العقاري.

ومنه فإنه يستنتج من هذا القرار أن المحكمة العليا – تبنت رأيا– فرديا مغايرا تماما لباقي قراراتها السابقة، و أكدت أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال وضع اليد على عقار له سند مشهر على مستوى المحافظة العقارية.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه بأن التقادم المكسب هو طريق لإثبات ذو دلالة قاطعة في ثبوت الملكية، أي أنه متى ادعى بشخص بأنه يحوز عقارا ما لمدة 15 سنة أو 10 سنوات – حسب نوع التقادم– و بتوافر شروط الحيازة الصحيحة فإنه يصبح مالكا لذلك العقار بالتقادم المكسب و يعتبر هذا دليلا قاطعا على ملكيته له و هو حجة على الناس كافة بما فيهم المالك الأصلي[1]، و عليه فإنه حسب هذا الاتجاه فإن التقادم الكسب هو طريق استثنائي لكسب الملكية و من ثم فلا مانع أن ترد عقود شهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهرة.

و في هذا السياق أصدرت الغرفة المدينة للمحكمة العليا عدة قرارات أقرت بموجبها مبدأ التقادم المكسب، و ذلك دون تمييز بين العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية أو الذي ليس له مالك[2]، منها القرار رقم 23782 المؤرخ في 1982/04/14 و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن كسب الحقوق العينية المنقولة أو غير المنقولة بالتقادم وفق أجله الطويل أو القصير تتم إذا كانت الحيازة هادئة مستمرة و غير غامضة و خالية من العيوب، مستندة إلى سبب صحيح، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف المبدأ يعد تطبيقا خاطئا للقانون.

و لما كان من الثابت – في قضية الحال– أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف لديهم و القاضي برفض دعوى التقادم الذي اعتمدوه يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون"

و كذلك القرار 104967 المؤرخ في 1993/11/10 و الذي جاء فيه ما يلي : " ومن المقرر قانونا أنه من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار ذلك ملكا له إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشر سنة بدون انقطاع.

و لما كان من الثابت – في قضية الحال– أن القطعة الأرضية محل النزاع من نوع العروشية تقع في حيازة الطاعن من 20 سنة و باعتراف المطعون ضدها نفسها التي بررت ذلك بالإعارة فالطاعن هو أحق باكتساب هذه الحيازة دون غيره، و متى أيد القرار المطعون فيه الحكم القاضي على الطاعن برفع اليد عن القطعة الأرضية الترابية المتنازع عليها ودفع التعويض فإنه جاء مخالفا للقانون"[3].

نستنتج من خلال عرضنا لما توصل إليهم هذين القرارين أن الرأي الذي استقرت عليه المحكمة العليا يعتبر مغايرا تماما لما تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا.

حيث اعتبرت أن التقادم هو طريق استثنائي لكسب الملكية وهو ذو دلالة قاطعة على الملكية، إذ تشترط المحكمة العليا البحث عن توافر شروط التقادم المكسب العامة والخاصة من أجل إعمال التقادم المكسب بغض النظر عما إذا كان العقار مشهرا أو غير مشهر.

---

[1] حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص 41.

[2] جمال بو شنافة: المرجع السابق، ص 59.

[3] المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص43.

ونحن بدورنا نرى أن الاتجاه الثاني هو الأولى بالترجيح، وهو الذي تبناه الأستاذ عمر زودة المستشار بالمحكمة العليا من خلال تعليقه على القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 129947 المؤرخ في 1998/03/09[1].

حيث خلص فيه أن المبدأ الذي انتهى إليه قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا باستثناء العقار المشهر بالمحافظة العقارية والذي له مالك بسند رسمي، هو استثناء لم ينص عليه القانون صراحة، مما يشكل مخالفة لأحكام المادة 827 من القانون المدني الجزائري والتي جاءت مطلقة.

إن ما يمكن التوصل إليه فيما يخص موقف الاجتهاد القضائي الجزائري في مسألة التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر، وفي غياب نصوص قانونية صريحة تحظر إعمال التقادم المكسب على عقارات أو حقوق مشهرة هو الرجوع إلى نصوص القانون المدني والتي جاءت عامة، فهي لا تستثني العقارات أو الحقوق المشهرة أو غير المشهرة، وأن القانون المدني هو الشريعة العامة، وخاصة أن المستقر عليه في مثل هذه الوضعيات هو أنه لا تخصيص بدون مخصص، وهذا الرأي الذي أفضى إليه المستشار عمر زودة – الذي نوافقه نسبيا الرأي- عند تعليقه على قرار الغرفة الإدارية الآنف الذك.

إلا أننا نرى أن الرأي الذي استقرت عليه المحكمة العليا في كثير من قراراتها، والذي تبناه المستشار عمر زودة هو رأي يثير إشكالا من زاوية أخرى.

فبالرجوع إلى حيثيات قرار الغرفة الإدارية الذي تناولناه بالتحليل سابقا- فهو مقتصر على مسألة التملك بالتقادم المكسب في مواجهة شخص مالك مشهر لحق الملكية وفق نظام الشهر الشخصي، فالحافظ العقاري رفض إشهار عقد الشهر الخاص بالمستأنفين على أساس أن العقار محل الحيازة له أصل مشهر على مستوى المحافظة العقارية سنة 1898 وفقا لنظام الشهر الشخصي والذي كان معمولا به آنذاك.

وبالتالي فما كان على المحافظ العقاري أن يرفض إشهار عقد الشهرة الخاص بالمستأنفين، وذلك على أساس أن العقارات والحقوق المشهرة وفق نظام الشهرة الشخصي لا يوجد ما يمنع تملكها بالتقادم المكسب والذي تتوافر شروطه ومدده القانونية، أضف إلى ذلك أن نظام الشهر الشخصي يفتقد إلى مبدأ القوة الثبوتية التي يتسم بها نظام الشهر العيني.

---

[1] عمر زودة: تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/09، رقم 974.

خلاصـــــــة

كخلاصة للفصل الثاني، فإنه يمكن القول أن التطور الذي عرفته الدول في شتى المجالات الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والسياسية أدى إلى ظهور نوعين من أنظمة الشهر العقاري يختلف بحسب نظام كل دولة وسياستها العقارية، فهناك نظام ينبنى على شهر التصرفات باسم المالك وهو نظام الشهر الشخصي، ونظام ينبني على شهر التصرفات اعتمادا على بيانات العقار وهو نظام الشهر العيني.

أما فيما يخص المشرع و بالرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في الأمر 74/75 والمرسومان التنفيذيان المطبقان له المرسوم 62/76 والمرسوم 63/76 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني وكمرحلة انتقالية ومؤقتة في انتظار إتمام عملية مسح الأراضي فقد تبنى إلى جانبه نظام الشهر الشخصي الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري يأخذ بنظام الشهر المختلط والذي يجمع بين عناصر الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

و خلصنا كذلك إلى القول بأن العقارات والحقوق المشهرة وفق نظام الشهر الشخصي لا يوجد ما يمنع من تملكها بالتقادم المكسب إذا ما توافرت شروطه التي سبق و أن تناولناها بالتفصيل.

أما بالنسبة للعقارات الممسوحة وفقا للأمر 74/75، والتي سلم لأصحابها السند التمليكي بعد الإنتهاء من عمليات المسح و الذي هو الدفتر العقاري، فهي مستبعدة تماما من إعمال نظام التقادم المكسب، فالدفتر العقاري بعد عملية المسح هو الوثيقة الوحيدة المثبتة للملكية، والتي تعبر عن الحالة المادية والقانونية للعقار والتي لا يمكن إثبات خلافها.

خـــــــاتمة

لقد بدا لنا من خلال دراسة موضوع التقادم المكسب للملكية العقارية في ظل نظام الشهر العيني ،أن المشرع الجزائري أخذ بنظام التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه، إذ تناوله ونظمه بالقانون المدني في الفصل الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان " طرق اكتساب الملكية" بموجب المواد من 827إلى 836 منه، وذلك ضمن القسم السادس من هذا الفصل والخاص بالحيازة.

ولقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/7 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وإعداد السجل العقاري كوسيلة لشهر التصرفات العقارية كأصل عام، إلا أنه أبقى العمل بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار الفرنسي بصفة انتقالية إلى غاية إتمام عملية مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري.

ولقد توصلنا من خلال دراستنا هذه إلى أنه من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني هو مبدأ القوة الثبوتية للشهر ومبدأ حظر تملك العقارات والحقوق المشهرة بالتقادم المكسب.

إلا أن ما لاحظناه أن المشرع الجزائري وبالرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالتقادم سيما المواد 827، 828، 829 منه نجد أنه أخذ بنظام التقادم المكسب بصفة مطلقة ولم يحدد فيما إذا كان بالإمكان الأخذ به في عقارات خضعت لعملية المسح المحدد بموجب الأمر 74/75 أم لا و ذلك على خلاف بقية التشريعات الأخرى والتي تتبنى نظام الشهر العيني، فهي تحظر التملك بالتقادم المكسب بنصوص صريحة سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بالشهر العقاري.

ولقد لعب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا دورا كبيرا في هذا المجال، وذلك بمحاولته حسم هذه المسألة المتعلقة بمدى إمكانية إعمال نظام التقادم المكسب في مواجهة الحق المشهر في غياب نصوص قانونية صريحة في التشريع.

فلقد استقرت المحكمة العليا – في كثير من قراراتها – على أن لا مانع أن يرد التقادم المكسب على عقارات لها سندات مشهرة عملا بنصوص القانون المدني سيما المواد 827، 828، 829 منه في حين جاءت الغرفة الإدارية – مجلس الدولة حاليا – باجتهاد قضائي مغاير تماما لما استقرت عليه المحكمة العليا، وبالتالي لم تتقبل فكرة إعمال التقادم المكسب في مواجهة الحق المشهر، وذلك عملا بمبدأ القوة الثبوتية للشهر.

ولقد خلصنا أن الرأي السليم والصحيح هو ما استقرت عليه المحكمة العليا وهو الرأي الذي نرى بأنه الأولى بالترجيح، على الرغم أن الأخذ به لا يحسم المسألة كلية، كون أنه يخص فقط إعمال التقادم المكسب في مواجهة صاحب السند الذي أشهر حقه وفقا لنظام الشهر الشخصي، وهذا الأمر مسلم به على أساس أن الشهر الشخصي ليس من مبادئه ما يحظر التملك بالتقادم ناهيك على أنه ليس له أي قوة ثبوتية ولا يطهر التصرف من أي عيب.

وعليه فإن صاحب الحق المشهر وفقا لنظام الشهر العيني المحدد بموجب الأمر 74/75 والذي بيده دفتر عقاري يعتبر الوسيلة الوحيدة لإثبات الملكية العقارية بعد المسح لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخضع عقاره أو حقه للتملك بالتقادم المكسب إذ أنه وبعد إتمام عملية المسح وتسليم الدفاتر العقارية للملاكين يصبح الدفتر العقاري هو الأداة الوحيدة التي تحدد الوضعية المادية والقانونية للعقار، والتي يستحيل إثبات عكسها، الشيء الذي يجعلنا نقول بأن التقادم المكسب للملكية سيفقد مستقبلا قيمته باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية عند إكمال عملية مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري في جميع التراب الوطني.

كما لا يفوتنا ونحن نطوي آخر صفحات مذكرتنا هذه أن نلقي الضوء على أهم ما استخلصناه من نتائج، و التي نوجزها فيما يلي:

- التقادم المكسب يعتبر طريقا هاما من طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، و هو أهم أثر ترتبه الحيازة الصحيحة المستوفية لجميع شروطها، فقد يعيب البعض هذا الأثر على أساس أنه يعتبر غصب للحقوق باسم القانون، إلى أن الحقيق هي غير ذلك، إذ أن هذا الأثر ما هو إلى نتيجة طبيعية و معقولة، إذ أن اكتساب الملكية ما هو إلى انتصار للشخص الذي يستعمل الشيء استعمالا ايجابيا طوال مدة معينة على المالك المهمل الذي يكون دوره سلبيا. و هذا يتفق تماما مع قول النبي صلى الله عليه و سلم:" الحائز أحق بالمال من المالك الساكت".
- التقادم المكسب يلعب دورا هاما في إثبات الملكية العقارية، إذ يفترض أن الحائز هو المالك و على من يدعي غير ذلك أن يثبت العكس، و بالتالي فالتقادم المكسب يعطي لصاحبه مركزا ممتازا في مواجهة الكافة و خاصة في مواجهة من يدعي خلاف الوضع الظاهر و الذي يقع على عاتقه عبء الإثبات.
- نخلص كذلك إلى القول بأن التقادم المكسب سيفقد قيمته باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية في التشريع الجزائري عند إتمام عملية مسح الأراضي الهام و إعداد السجل العقاري في جميع أراضي التراب الوطني، إذ باكتمال هذا العملية يتم العمل بصفة نهائية بنظام الشهر العيني و هو النظام الذي يمنع اكتساب الحقوق العينية القارية المقيدة بالسجل العقاري بالتقادم المكسب.
- يبقى للتقادم المكسب أهميته في المناطق غير الممسوحة، بحيث لا تزال مساحات شاسعة لم تمسسها بعد عملية المسح و لم تحرر عقودها، و مرد ذلك أن هذه العملية مكلفة للغاية و

تتطلب نفقات باهظة لكي يتم مسح كل أراضي الجمهورية، إلى جانب عدم توفر القدر الكافي من الرجال المتخصصين في العملية و مجموعة أخرى من العراقيل لا يتسع المقام لذكرها، كل هذه المعطيات جعلت المشرع الجزائري يتدخل مؤخرا و ذلك بموجب الأمر 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن التحقيق العقاري، و ذلك من أجل تشجيع الأشخاص الحائزين للعقارات أن يتحصلوا على سندات ملكية عن طريق التقادم المكسب.

- إن القول بأن العقار الذي له سند مشهر في إطار نظام الشهر الشخصي يستبعد من مجال إعمال التقادم المكسب هو قول لم يأت به لا القانون المدني و لا الأمر 74/75 و لا الفقه القانوني، و لا حتى المحكمة العليا بخلاف القرار الفردي رقم 129947 الصادر بتاريخ 1998/03/09 عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا و الذي تبنى موقفا غير ذلك.
- إن القول بأن التملك عن طريق التقادم المكسب يستبعد مجاله العقارات التي لها سندات مشهرة مسبقا تدحضه صراحة أحكام المرسوم63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم 123/93 و نصوص مسح الأراضي في حد ذاتها، إذ أن المادة 13 و 14 من هذا المرسوم تتكلمان صراحة على المالكين الظاهرين و تستبعد أصحاب السندات القديمة غير الظاهرين و الذين يكونون قد تصرفوا في ملكيتهم و تخلو عنها و حازها منذ مدة طويلة هؤلاء الحائزين الظاهرين الجدد.

فإذا كنا نقبل بهذا الحكم في مجال المسح و نمكن الحائز الظاهر من الدفتر العقاري و نهمل السند القديم المشهر، فكيف نرفضه من مجال التملك بالتقادم سواء عن طريق المطالبة القضائية أو عن طريق التحقيق العقاري.

و نود أم نختم هذه المذكرة ببعض التوصيات التي نراها ضرورية في هذا المجال، إذ نوصي بـــ:

- الإسراع في تعديل القانون المدني سيما المواد 827، 828، 829 منه و المتعلقة بالتقادم المكسب، و ذلك باستثناء العقارات الممسوحة بموجب الأمر 74/75 من مجال إعمال التقادم المكسب- كما فعلت جل الدول التي تبنت نظام الشهر العيني- أو إدراج مادة مستقلة في الأمر 74/75 تحظر التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العقاري بعد إتمام عملية المسح.
- إجتماع غرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة- باعتبارهما أعلى هيئتين قضائيتين منوط بهما توحيد الاجتهاد القضائي- من أجل التوصل إلى قرار مبدئي في هذا المجال يقضي بإمكانية خضوع عقار ممسوح وفقا لنظام الشهر الشخصي للتقادم المكسب، و في المقابل يقضي بحظر التقادم المكسب في مواجهة الحق المشهر وفق نظام الشهر العيني و الذي بيده دفتر عقاري، و بهذا يوضع حد للمواقف المتعارضة الذي توصلت إليها غرف المحكمة العليا في كثير من قراراتها.

- تفعيل و تنشيط و تدعيم عملية المسح العام للأراضي سواء الريفية أو الحضرية ـ و ذلك بكافة الإمكانيات البشرية و المادية و الإسراع بها، لأن كل شهر يمر تتولد عنه خسائر للإستثمار الوطني و الأجنبي و لخزينة الدولة.
- التفكير في إصلاح نظام الشهر العقاري و جعل هذه المصلحة تحت إشراف قاض عقاري، و جعل الحفظ العقاري تحت إشراف وزارة العدل، و هو ما أخذت به بعض الدول في هذا المجال، و تبرز أهمية هذا الإتجاه في توحيد مجال التكييف و المراقبة و حل النزاعات في ظل النصوص السارية و تفسيرها و مراقبة شرعيتها تفاديا لازدواج الجهات التي تتكفل بمثل هذه الجوانب" أنظر على سبيل المثال نص المادة 115 من المرسوم 63/76 و التي تخول للمحافظ العقاري صلاحيات هي في الأصل من صلاحيات القاضي"، مع منح المجال لوزارة المالية للتكفل بالجوانب التي تعتبر من اختصاصاتها الأصيلة.
- خفض مدة التقادم المكسب القصير من عشر سنوات إلى خمس سنوات، كما فعلت غالبية التشريعات و على رأسها المشرع المصري و الفرنسي، كون أن مدة عشر سنوات تعتبر إجحافا في حق الحائز حسن النية و بيده سند صحيح، و الذي كان مكن الأجدر أن يتملك في أقصر مدة ممكنة.
- إنشاء محاكم عقارية متخصصة تكون مهمتها الفصل في المنازعات العقارية على اختلاف أنواعها، و كذلك تكوين إطارات متخصصة في المادة العقارية التي تتسم بالصعوبة و التعقيد خاصة ما يتعلق فيها بموضوع التقادم المكسب و الذي كثيرا ما أثار إشكالات صعب التوصل إلى حلول ناجعة لها.

قائـــمة الـــمراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1/ الكتب:

1- إبن منظور الإفريفي المصري، لسان العرب، الجزء 12، بيروت، 1968.
2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
3- إدوارد عيد: الأنظمة العقارية، مطبعة المتني، بيروت، الطبعة الثانية، 1996.
4- الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006.
5- جمال بوشنافة: شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
6- حبيب إبراهيم الخليلي: مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
7- حسين عبد اللطيف حمدان: نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
8- حمدي باشا عمر: محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2001.
9- حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2004.
10- حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر،الطبعة6، 2006.
11- خليل أحمد حسن قتادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
12- رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها و مصادرها، دار الجامعية الجديدة، 2004.
13- سماعين شامة: النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002.
14- عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان: أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
15- عبد الحميد الشواربي: إجراءات الشهر العقاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999.

16- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
17- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1973.
18- عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، دون سنة طبع.
19- عبد الوهاب عرفة: الوجيز في السجل العيني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
20- عدلي أمير خالد: تملك العقارات بوضع اليد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.
21- عدلي أمير خالد: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
22- عصام أنور سليم: التملك بالتقادم المكسب على خلاف الثابت بالسجل العيني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
23- عمار علوي: الملكية و النظام العقاري في الجزائر، العقار، دار هومة، 2004.
24- قدري عبد الفتاح الشهاوي: الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2003.
25- ليلى زروقي، حمدي باشا عمر: المنازعات العقارية، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006.
26- مجيد خلفوني: نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2007.
27- محمد أحمد عابدين: التقادم المكسب و المسقط في القانون، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2002.
28- محمد العنابي: قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الحيلاوي، 1973.
29- محمد سعد خليفة: الأثر المترتب على الحاكم بعد دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
30- محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان: حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
31- محمد علي الأمين: التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993.
32- محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني، الجزء الرابع، الحيازة و التقادم، المطبعة العالمية، مصر، 1982.
33- محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2000.

34- محمدي فريدة زواوي: الحيازة و التقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
35- محمدي فريدة زواوي: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
36- مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000.
37- معوض عبد التواب: الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
38- معوض عبد التواب: السجل العيني علما وعملا، دار الفكر العربي، مصر، 1988.
39- مهدي كامل الخطيب: وضع اليد المكسب للملكية العقارية، دار الألفي، القاهرة، الطبعة الرابعة، دون سنة طبع.
40- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.

2/ المذكرات الجامعية:

1- علاق لمنور: إكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2000/1999.
2- محمودي رشيد: نظام الشهر العيني في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2001/2000.
3- أولاد عيد الطاهر: التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2004.

3/ المقـــالات:

1- عمار روابنية: مقال بعنوان: التقادم المكسب، مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2004.
2- زرقين رمضان: مقال بعنوان: عن بعض جوانب إرتفاق المرور، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول قسم الوثائق، 2004.
3- مشعل الهاجري: مقال بعنوان: التقادم المكسب و المسقط، جامعة الكويت، www.law.kuniv-edu.kw
4- العتروس بشير: مقال بعنوان: الشهر العقاري في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2004.
5- علي فيلالي: مقال بعنوان: الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق،جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ج2،2000.
6- باهي مراد: مقال بعنوان: التنظيم القانوني لعقد الشهرة، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد الأول، مايو 2005.

4/ المجلات القانونية:

1- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، قسم الوثائق، المحكمة العليا، 2004.
2- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق، المحكمة العليا، 2004.
3- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء الثاني،2000.
4- مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد الأول، مايو 2005.
5- مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد الرابع، أفريل 1999.

5/ النصوص التشريعية و التنظيمية:

1- دستور الجزائر 1996، المؤرخ في 28 نوفمبر 1996.
2- الأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.
3- الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
4- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
5- الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري.
6- الأمر 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
7- القانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري.
8- القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية المعدل و المتمم.
9- القانون 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتضمن الأوقاف.
10- الأمر 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.
11- المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام.
12- المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.
13- المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة للاعتراف بالملكية.
14- المرسوم 234/89 المؤرخ في 19 ديسمبر 1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدل و المتمم.
15- المرسوم 254/91 المؤرخ في 27 جوان 1991 الذي يحدد كيفية إعداد شهادة الحيازة و تسليمها.
16- المرسوم 454/91 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوطنية الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و ضبط كيفية ذلك.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1- Marcel Planiol et Georges Ripert : traité pratique de droit civil français, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1930. 2- Alex Weill: droit civil, les biens, deuxième édition, précis Dalloz.

3- Pierre Voirin, Grilles Goubeaux: droit civil, tom 1, 27 eme édition, L.G.D.J.
4- Philipe Simler et Philipe Delebecque: Droit civil, Les Sûretés, La publication foncière, 2eme édition, Dalloz.

الفـــهرس